SISTEMA

DEL

DERECHO ROMANO ACTUAL.

POR

M. F. C. DE SAVIGNY.

TRADUCIDO DEL ALEMAN POR

M. CH. GUENOUX,
DOCTOR EN DERECHO.

vertido al castellano por

JACINTO MESÍA Y MANUEL PÓLEY,
Profesores de Derecho Romano en la Institucion Libre de Enseñanza.

y precedido de un prólogo de

DON MANUEL DURÁN Y BAS,
CATEDRÁTICO DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

TOMO II

MADRID.
F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES.
Puerta del Sol, núm. 13.
1879.

Imprenta de José García, Costanilla de los Angeles, 3.

CAPÍTULO II.

(CONTINUACION.)

§ LXXV.—*Aplicacion al derecho actual de los principios sobre la capacidad y la* capitis deminutio.

Una vez expuestos los principios que rigen la capacidad de derecho y la *capitis deminutio* (§ 64-74), debemos examinar los aplicables todavia en el Derecho actual. No hemos conservado vestigio alguno de la esclavitud y no puede ser cuestion la referente á la incapacidad de los esclavos romanos; tampoco conservamos el derecho de ciudad ó de latinidad formando contraste con el concedido á los peregrinos; y, si la capacidad restringida de estos no existe, la de los latinos se halla abolida por la legislacion justinianea. Pero como el derecho moderno reconoce la potestad patria y las restricciones impuestas á la capacidad de los hijos están en parte mantenidas, aún las mismas que las leyes de los emperadores cristianos han modificado más, no pueden ser comprendidas y aplicarse sino en sus relaciones con el antiguo derecho.

Veamos ahora la *capitis deminutio* que voy á examinar bajo el mismo respecto. No hay ya esclavos ni peregrinos; no puede haber por tanto *màxima* ni *media capitis deminutio*, ni muerte civil, tal como los romanos la entendieron (§ 69).

La *mínima capitis deminutio*, no es seguramente imposible, porque si un jefe de familia se da en arrogacion, adquiere la condicion de un *filius familias* y, su capacidad se encuentre modificada en su perjuicio. Pero los efectos positivos uni-

dos especialmente á la *capitis deminutio* (§ 69), que por sí solos darian un valor práctico á la idea espresada por esta voz técnica, subsisten aún? Es evidente que no.

La *mínima capitis deminutio* destruia la agnacion, fuera de que las novelas de Justiniano no dejaron á esta valor alguno práctico; el patronato no existia ya; el mismo emperador abolió expresamente los efectos de la *capitis deminutio mínima*, en cuanto á las servidumbres personales, y, por último, la extincion de las deudas á consecuencia de la *capitis deminutio* no figura en la legislacion; hechos todos que nos permiten descubrirla por induccion como un principio del antiguo derecho, pero destituido de largo tiempo de toda significacion positiva, y que nos llevan á la conclusion siguiente: que la doctrina de la *capitis deminutio* tiene importancia bajo el punto de vista de la historia y de la exégesis; pero que en la práctica del derecho, la institucion y la frase que la expresa, han perdido todo su interés.

Los antiguos principios se hallan todavía en las instituciones del derecho anormal que han sido sustraidas en parte ó en totalidad á las restricciones positivas de la capacidad (§ 71-74). Es verdad que ciertas materias han desaparecido completamente, tales, como el legado de alimentos al esclavo (§ 72) y la manumision por fideicomiso (§ 74): mas otras han conservado, por el contrario, su propia naturaleza, como son la dote, la accion de alimentos ó de donacion (§ 72), la de injuria, la *querela inofficiosi*, siendo así que se admiten como subsistentes á pesar de la novela 115 (§ 73), la sociedad, el mandato, etc. (§ 74).

Lo que acabo de exponer sobre los límites en la aplicacion del derecho romano, no contradice las doctrinas de los autores modernos; y si bien no se expresan de una manera bien clara y explícita, sin embargo, autorizan á creer que la mayoría de mis principios, puestos á discusion, no encontrarian sérias objeciones. Así, un pasage de Glück *(a)* que parece contradecir mi opinion, la confirma en realidad. Pretende existe hoy dia *máxima capitis deminutio* para el que se someta á la servidumbre de la gleba y para el condenado perpétuamente á prision en una fortaleza ó á trabajos forzados;

(a) Glück, t. II, § 128.

que hay *media capitis deminutio* para el que pierde los derechos de ciudadanía en uno de los Estados de Alemania ó se le coloca fuera del derecho comun aleman...; despues añade que el derecho romano y sus principios son inaplicables á estos diferentes casos. La cuestion precisamente, es saber si la pérdida ó las limitaciones de la capacidad se rigen por el derecho romano, pues, por lo demás, se sabe que el estado de las personas ha sufrido siempre modificaciones numerosas, y considerarle por esto solo como *capitis deminutio*, es buscar, por medio de juegos de palabras, vanas y engañosas analogías.

La muerte civil nos ofrece un ejemplo de ello. Los autores alemanes (*b*) exponen los principios romanos sin la pretension de encontrar aplicaciones prácticas; en Francia, desde hace mucho tiempo, se ha seguido un camino opuesto, y, aun cuando esta cuestion me separe de mi propósito, la trataré, sin embargo, como un incidente, á fin de mostrar á qué aberraciones puede conducir una inhábil exposicion de hechos históricos mal comprendidos.

En las breves líneas que siguen, Domat, hablando de la muerte civil, comete dos errores graves. «Se llama muerte civil, dice, el estado de los condenados á muerte ó á otras penas que llevan consigo la confiscacion de los bienes. Lo cual hace que este estado... los convierta como en esclavos de la pena que les ha sido impuesta (*c*).» Ahora bien, la muerte civil no tiene nada que ver con la confiscacion, porque el romano prisionero entre el enemigo, sufria la muerte civil sin la confiscacion, y el *relegatus* no sufria nunca la muerte civil, bien que, en ciertos casos, sus bienes fuesen confiscados; siendo consecuencia inmediata de lo que precede que el deportado incurria en la muerte civil sin ser esclavo de la pena.

Tal era la teoría. En la práctica (*d*) la muerte civil resultaba de la condenacion á galeras perpétuamente, y á la pena de destierro, tambien perpétuo: habia además algunos casos

---

(*b*) Así, por ejemplo: Mühlenbruch, t. I, § 184.

(*c*) Domat, libro preliminar, t. II, s. II, § 12.

(*d*) Este asunto se trata ámpliamente por Merlin, Repertorio, artículo de la *muerte civil;* siendo á éste al que se refieren mis otras citas sobre el mismo autor

que son controvertibles. La aplicacion más notable y que puso en juego todo género de malas pasiones, fué la ley dada por Luis XIV contra los refugiados por causas religiosas; pero como quierá que fuere contraria á la opinion pública, se eludieron perfectamente sus disposiciones y, sobre todo, las que castigaban á los hijos de aquellos infelices. Cuando vino la revolucion, se presentaron desde luego aplicaciones nuevas é importantes, porque las leyes del 28 de Marzo y 17 de Setiembre de 1793, decretaron la muerte civil contra los emigrados y deportados, poniendo así el material de la antígua jurisprudencia al servicio de los fines políticos de la época.

Finalmente, el Código fué redactado, y seria un grande error pensar que fuese una obra nueva, creada por la inspiracion revolucionaria de ciertos espíritus sábios; los redactores del proyecto, como los consejeros de Estado, tomaron de la antigua jurisprudencia sus principios y sus faltas. Veamos ahora aquellos á quienes se aplica la muerte civil.

1) Los emigrados. Las leyes contra la emigracion habian vuelto á caer en desuso desde el año VIII, y la mayoría de los emigrados que tenian demandas pendientes, fueron borrados de las listas y librados de la muerte civil; pero existian aún muchos que no habian vuelto á Francia, y además, la cancelacion no tenia efecto sobre los matrimonios contraidos y sobre las sucesiones abiertas durante la emigracion *(e)*. Pues bien, los que en adelante se expatriasen, no incurririan en la muerte civil, y perderan solo la cualidad de franceses (artículo 17-21), lo que, de otra parte, no tenia graves consecuencias.

2) Los condenados á muerte, durante el tiempo que mediaba entre el juicio y su ejecucion, así como los que se sustrajeren de ésta por medio de la fuga (art. 23).

3) Los condenados á penas las cuales llevan consigo este efecto por prescripcion de la ley, y son segun el art. 18 del Código penal, los trabajos forzados perpétuos y la deportacion. Este último caso fué justámente tratado como el de

---

(e) Las leyes sobre los emigrados están citadas por Merlin, I, c., página 373.—Al discutirse el Código civil en el Consejo de Estado, se reconoció expresamente la autoridad de las leyes sobre este punto, principalmente las relativas á la muerte civil. *Conferencia* sobre el Código civil, t. I, p. 76, 77 (sobre el art. 24).

mayor importancia, por lo delicado que es; en tanto que el reo debe vivir libre en el lugar que la ley le asigna.

Lo que hay aquí de mayor interés son los efectos de la muerte civil que, segun el art. 25, se les puede reducir á los siguientes: 1.° El condenado pierde la propiedad de todos sus bienes y la sucesion se abre inmediatamente en provecho de sus herederos *abintestato*; 2.° Pierde para en adelante la capacidad de derecho civil, pero conservando la de derecho natural (*f*), distincion fundamental que se traduce por las disposiciones que siguen *a*). El condenado no puede adquirir por sucesion; pero sí recibir un legado de alimentos *b*). No le es permitido hacer testamento ni tener herederos. Los bienes que ha adquirido despues de su condena hasta su muerte natural, pertenecen al Estado (art. 33, *c*). No puede hacer donaciones ni recibir más que alimentos (*g*), *d*). El matrimonio anterior á la imposicion de pena carece de todo efecto civil *e*). El matrimonio que contrájese despues de su condena no tiene valor ante el derecho civil. *f*) Fuera de los casos enumerados más arriba, les es permitido adquirir y enajenar; así se le concede la venta, el cambio, el arrendamiento, el préstamo y las acciones para reparacion de daños ó de cualquier delito (*h*).

(*f*) Así se consignaba textualmente en el proyecto de Código civil, lib. I, tít. I, art. 30: «privados de las ventajas del *derecho civil propiamente dicho*,» § 31. «Quedan capacitados para todos los actos que que son de *derecho natural y de gentes*.» El Código civil no ha reproducido estas diversas disposiciones, pero enumera, por via de ejemplo, los príncipales derechos cuya pérdida entraña la muerte civil, y por la discusion habida en el Consejo de Estado, se vé claramente que el sentido de la ley es el del proyecto. Comp. Toullier, Droit civil francais, lib. I, § 279.

(*g*) Esta es la disposicion textual del art. 25.-Toullier, § 282, pretende que el muerto civilmente puede adquirir y enajenar por donaciones *manuales*, es decir, de cosas muebles, las cuales se llevan á cabo por la tradicion; pero no las de inmuebles ni las que exigen un acto escrito. Así el condenado podria recibir grandes valores en dinero contante ó en billetes de Banco, lo cual, sin embargo, es contrario á la ley. El proyecto de Código civil, art, 32, 33, permitia al condenado recibir por donacion objetos mobiliarios de poco valor y alimentos; en cuanto á la facultad de enajenar era ilimitada.

(*h*) El proyecto de Código civil, § 31, enumeraba los actos permitidos al condenado. El Código no ha reproducido este artículo, pero ha

El principio de estas disposiciones se presta á las observaciones siguientes: La distincion entre el Derecho Civil y el Natural está tomada evidentemente del Derecho Romano; pero tiene en él una significacion distinta, porque el *jus gentium* era un derecho completo, un derecho positivo como el mismo *jus civile* (§ 22).

El sistema romano fué sustituido de un modo insensible por uno bien diferente y por la distincion entre las instituciones del derecho; las unas más arbitrarias y positivas, y más naturales y fáciles las otras. Pero dicho sistema, sin utilidad práctica, es vago en sus determinaciones y vacilante en sus fundamentos, como puede juzgarse por sus aplicaciones. Hay inconsecuencia en permitir al deportado adquirir y conceder al Estado su sucesion despues de la muerte, lo cual, en realidad, es una confiscacion parcial, y, por lo tanto, una conclusion insuficiente. Esta disposicion está á todas luces tomada del Derecho Romano (*i*); pero allí era consecuencia natural de la confiscacion, que desde su orígen perseguía al deportado; y el derecho francés no admite la confiscacion. Considerado como simple *peregrini*, el deportado habria tenido herederos, porque el Estado nunca se apropió de la sucesion de los *peregrini*. Nada justifica en la naturaleza positiva del derecho de sucesion en general, la disposicion del Código Civil, y, sin embargo, aquella es el motivo que parece haberla dictado. La prohibicion de las donaciones es aún mayormente singular, porque estas no pertenecen más al derecho positivo que la venta ó el cambio; aquí el Código se aparta enteramente del proyecto, y cada jurisconsulto lo interpreta á su manera (nota *g*). Toullier pretende que las donaciones son de derecho civil porque van unidas á formas determinadas; pero en pasando de 150 francos, la venta y el arrendamiento están por igual ceñidos á una forma determinada (art. 1341), y, sin embargo, estos contratos se permiten al deportado sin restriccion alguna.

Las disposiciones relativas al matrimonio tienen más gra-

---

adoptado su sentido. Comp. Toullier, § 280, 283, y las palabras de Trouchet en el Consejo de Estado. *Conferencia* t, I, p. 119.

(*i*) Ley 2, C. de donis præscript. (IX, 49).

vedad aún. El legislador reconoce desde luego un elemento natural, un elemento civil y un elemento religioso (*k*); pero despojándole de los efectos civiles, ha creido quitarle todo carácter legal, y esto lo vemos formalmente expresado en la discusion. Tampoco el matrimonio de un deportado no reconocido por la ley, puede dar lugar al adulterio ni á la bigamia. Los hijos de un deportado nacen fuera de matrimonio, son bastardos, no tienen padre ni parientes colaterales que hayan de heredar (*l*), sin que exista en este punto diferencia entre el matrimonio contraido antes y el llevado á cabo despues de la deportacion. Veamos ahora cuáles eran los principios mantenidos en la materia por el derecho antiguo.

En Derecho Romano, el matrimonio de un deportado, nulo segun el *jus civile* era válido segun el *jus gentium*, y, por consecuencia, tan eficaz como el verificado por los ciudadanos de las provincias, antes de que Caracalla les concediera el derecho de ciudad (*m*). De aquí resulta que los hijos del deportado no caen bajo la autoridad del padre, ni son agnados de sus colaterales; pero nacen en matrimonio, tienen un padre legalmente cierto, al cual se unen por los lazos de la cognacion, como á toda su familia, y pueden heredar segun las leyes propias á esta clase de parentesco, excepto tratándose de su padre, cuyos bienes van siempre al fisco. Todo esto deriva del derecho únicamente y no de las ideas religiosas, porque tales disposiciones son bien anteriores al establecimiento del Cristianismo. Los redactores del Código, confundiendo los efectos especiales del *jus civile* de los romanos con los del derecho en general, han venido á parar,

---

(*k*) *Conferencia*, t. I, p. 86, 92, 98.

(*l*) *Conferencia*, p. 86, 110.—Toullier, § 285, 293, enseña que los hijos son legítimos porque el *vinculum matrimonii* (el lazo) subsiste siempre, lo cual es evidentemente contrario á la ley. La opinion de Toullier fué sostenida en el Consejo de Estado, y se presentó una enmienda; pero la mayoría la rechazó y mantuvo el artículo del Proyecto. La discusion del Consejo no dejó duda alguna sobre este punto.

(*m*) Por razones de humanidad se habia relajado la severidad de los principios. Así, la dote que tenia por condicion el *justum matrimonium*, subsistia, áun cuando el matrimonio no fuese un *justum matrimonium*.

sin apercibirse de ello, á una conclusion extraña. Han asimilado el matrimonio del deportado francés, no como se podria creer al del deportado romano, pero sí al del condenado á los trabajos de minas, que se hacia esclavo, y cuyo matrimonio era forzosamente nulo, yendo más lejos aún que el mismo Derecho Romano en su última época, pues Justiniano (Nov. 22, C. 8) abolió la esclavitud de los condenados en obsequio de su matrimonio, gracia que, como hemos visto, se habia rehusado conceder á los franceses que se hallaban en este caso.

El antiguo derecho de Francia, y principalmente la Ordenanza de 1639, cuyo rigor fué señalado por la opinion pública y encontraba en los tribunales una sorda resistencia, dejaba subsistir como sacramento el matrimonio anterior del condenado, de suerte que sus hijos nacian dentro del mismo y heredaban á sus padres (*n*).

El proyecto levantó justas y vivas reclamaciones, desde luego, en el seno del tribunal de apelacion en París (*o*), despues en el Consejo de Estado, donde fué combatido por el primer cónsul con una notable lucidez y gran copia de razones; por el ministro de Justicia y otros miembros del Consejo (*p*), y finalmente en el tribunado, cuando el dictámen del Alto Cuerpo dicho le fué remitido (*q*). El proyecto se combatió en nombre del Derecho Romano y del antiguo Derecho francés, en nombre de la humanidad, y Bonaparte, notablemente, hizo resaltar de una manera enérgica la injusticia que entrañaba rebajar al nivel de la concubina la noble fidelidad de la mujer que deseaba compartir la desgracia de su esposo. Todo fué inútil; el proyecto, bajo la influencia de muy diferentes motivos, se aprobó; consecuencia lógica de premisas históricamente falsas, esto es, de errores que los jurisconsultos habian en su mayoría sentado desde su juventud en el estudio superficial del Derecho Romano y de los cuales no podian

---

(*n*) *Conferencia*, p. 89, 90.

(*o*) Observaciones de los Tribunales de Apelacion sobre el proyecto de Código civil, p. 38.

(*p*) *Conferencia*, p. 86, 89, 88, Comp. Maleville, Análisis razonado, t. I, p. 47, 50.

(*q*) *Conferencia*, t. I, p. 174, 176.

desprenderse (*r*); del ódio inveterado en los hombres de la revolucion contra los emigrados, bien que en su mayoría amnistiados, y que para el resto no tuviera ímportancia y hubiera cesado de imponerles temor alguno la emigracion; y finalmente, el cuidado celoso de rechazar la influencia antigua de las ideas religiosas sobre el derecho. El esfuerzo victorioso que estos diversos motivos ejercieran resulta evidente del discurso pronunciado por el tribuno Gary para sostener como definitiva la actual redaccion del Código. Cuando una mujer acompaña á su marido deportado, es cruel, dice, considerarla como á una concubina, y á los hijos en el concepto de ilegítimos; pero el derecho produce á veces perjuicios, sin que por ello deba ser ménos inflexible, y de otra parte la mujer encontrará su recompensa en la religion, en su conciencia y en la opinion pública (*s*). Sin duda que esta última puede quitar su rigor á la ley, los tribunales pueden, como en otras materias lo hacen, quebrantarle poco á poco; pero todo esto, lejos de justificarla, prueba seguramente la necesidad de su abolicion.

Examinemos ahora la ley en las consecuencias que trae consigo para el porvenir. En cuanto á los condenados á muerte ó á trabajos forzados perpétuamente no tiene importancia, porque la naturaleza de la pena no dá lugar á las dificultades que nacen con la de muerte civil. Su sucesion se abre inmediatamente; pero esta disposicion, única que les alcanza, es tambien la que ménos se presta á la crítica. Para los emigrados la ley tiene mucha gravedad á consecuencia de las relaciones jurídicas nacidas durante la emigracion, y,

---

(*r*) Si se piensa que el Derecho romano mal comprendido no tiene aquí la influencia que le atribuímos, recomiendo á los lectores el artículo de *Morte civile* del Repertorio de Merlin, donde el autor emplea un laborioso é inútil trabajo para explicar varios pasajes de las Pandectas y fijar su texto. Así, por ejemplo, toma torcidamente su argumento del *postliminium*, y en la p. 373 se entiende por estas palabras de la ley, 4, de cap. «An *qui hostibus deditus*, reversus, nec a nobis receptus est,» un tránsfuga, *un hijo ingrato de la patria*, y refiere este texto á los artículos 18, 19 y 21 del Código civil, observacion que parece increible.

(*s*) Código civil, seguido de sus motivos, t. II, p. 86.

sin embargo, el número de los interesados disminuye de dia en dia: la ley no tiene importancia permanente más que respecto á los deportados. La deportacion debia ser una institucion política fundada sobre ámplias bases, no obstante que nada de esto se ha realizado y que se muestren aquí en todo su rigor los vicios que antes señalaba. Vanamente se ha alegado que extendiendo la capacidad del condenado, se le ofrecian medios de huir ó de hacerse más peligroso (*t*): para prevenir este mal, sin recurrir á la muerte civil, basta la interdiccion legal que, aplicada á otras penas, llena perfectamente este fin (*u*). Ninguna condenacion á una pena, llevando aneja la muerte civil, ha tenido tanta celebridad como la pronunciada contra el príncipe de Polignac: la sentencia del tribunal de los Pares de 31 de Diciembre de 1830, condenándole á prision perpétua, por equipararse á la deportacion, le declaró en términos expresos muerto civilmente, con todos los efectos unidos por la ley á la deportacion y á la muerte civil; su matrimonio continuó, sin embargo, subsistente, y él tuvo hijos en Ham, lo cual hace resaltar, en el ejemplo citado, los vicios de la legislacion francesa sobre la muerte civil, que prueban evidentemente cómo su abolicion es de derecho.

En 1831, una comision nombrada para preparar la reforma de muchas disposiciones penales, que fueron en efecto modificadas, reconoció la necesidad de cambiar la ley sobre muerte civil, y hubo de condenarle en términos muy violentos; pero se abstuvo de proponer este cambio, observando con razon que no podia hacerse sin tocar una multitud de cuestiones del derecho civil, lo cual salia ya del límite de sus atribuciones (*v*), sin que pueda decirse han variado las cosas, puesto que una proposicion con tendencias á la abolicion de la muerte civil ha sido rechazada por la Cámara en 1834. Una vez señalados los errores de la legislacion francesa, verdaderamente fundamentales, nos vemos obligados á abrazar la

---

(*t*) Conferencia, t. I, p. 128.

(*u*) Código penal, art. 29, 30 y 31.

(*v*) El dictámen de la Comision fué presentado á la Cámara de los diputados el 11 de Noviembre de 1831. Véase el *Diario* del 12 de Noviembre del mismo año.

materia en su conjunto, y buscar qué aplicaciones útiles prestaria al derecho moderno; investigacion que no puede ser considerada como supérflua, porque esta parte de la legislacion francesa ha sido adoptada por diferentes pueblos de Alemania, sin que sea lícito asegurar haya sido detenida aquí su extension á otros países.

En derecho romano, la mayor parte de los delitos dan lugar á cuatro órdenes de hechos: una pena aflictiva, la *magna capitis deminutio*, la muerte civil y la confiscacion de bienes. Sobre estos hechos se han establecido relaciones falsas que han sido el gérmen de los más graves errores.

La *magna capitis deminutio* y la penalidad, no son en manera alguna idénticas, porque la *relegatio* es una pena y no entrañaba la *capitis deminutio* (*w*); además, el ciudadano romano, hecho prisionero por el enemigo, ó que entraba á formar parte de una colonia latina, sufre la *magna capitis deminutio* sin que se mencione para nada aquí ninguna idea de pena. Estos dos órdenes de hechos quedan, pues, enteramente distintos, teniendo que reconocer que si la ley, por una disposicion formal, estableció la *capitis deminutio* como consecuencia de muchas penas aflictivas, esto no procedia de ningun modo de la naturaleza propia de la pena.

La frase muerte civil (*mors civilis*) es una creacion de tiempo muy reciente, y la definiria como una muerte ficticia, ó sea la asimilacion de un hombre vivo á un hombre muerto: definicion que es una consecuencia legal de la *magna capitis deminutio*, pero no una consecuencia necesaria (t. I, p. 315, n. *a*); además de que sostiene frente á las penas aflictivas el mismo valor que la *capitis deminutio*. El prisionero de guerra está bajo el imperio de esta ficcion, no el *relegatus*, siendo preciso reconocer tambien aquí una consecuencia unida por la ley á á ciertas penas. Pero entonces los romanos no la consideran como una pena, ni como agravacion de pena anterior, ni aun como medio de aumentar su efecto moral, sino como un expediente razonable, cómodo y sencillo para prevenir la multitud de dificultades que surgirian en órden á las sucesiones; porque no pudiendo el condenado mismo ser heredero,

---

(*w*) Ley 7, § 5, de bonis damn. (XLVIII, 20.)

efecto de la *capitis deminutio* (*x*), para que su presencia no fuera un obstáculo respecto á los demás llamados, se le reputaba muerto, y por tanto extraño á la sucesion. Ficcion que, descansando solo en este propósito, era aplicada únicamente á los efectos *civiles* unidos á la vida natural, de ningun modo en otro caso, ni se seguian rigurosamente sus consecuencias. Así, el deportado puede adquirir y contraer matrimonio, cosas, de otra parte, imposibles para un muerto: su capacidad descansa entonces sobre el *jus gentium*; no sobre el *jus civile.*

La confiscacion es siempre una verdadera pena. No se la encuentra reunida más que accidentalmente á la *magna capitis deminutio* (t. I, p. 314, n. *a*); pero como hechos que son independientes ambos entre sí. Desde la época de la República libre la confiscacion no iba unida ni aun á las penas más severas (*y*): bajo los emperadores se hizo consecuencia ordinaria de la *magna capitis deminutio*, accesoria de una pena (*z*), pero muy mitigada. Desde los primeros tiempos se habia dejado á los hijos del condenado una parte de sus bienes, y despues de muchas modificaciones en la jurisprudencia, Justiniano ordenó que, salvo el crímen de lesa majestad, el hijo seria excluido por los descendientes y ascendientes del condenado, pero hasta el tercer grado (*aa*). La confiscacion, por el contrario, podia tener lugar sin ninguna *capitis deminutio* (*bb*). La confiscacion y la ficcion de la muerte no se encuentran sino accidentalmente reunidas y no depende la una de la otra. Si quisiéramos atenernos rigurosamente á la ficcion, habria, no

---

(*x*) Era absolutamente incapaz de la *bonurum possessio* (Ley 13, de B. P.), y con mayor motivo de la *hereditas.*

(*y*) La sucesion de un condenado por crímen de parricidio, pasaba á sus herederos segun las reglas ordinarias; solo habia duda acerca de la validez del testamento hecho despues de la condena. Ciceron, de Invent. II, 50, Auct. ad Herenn, I. 13.

(*z*) Ley I. pr. de bonis damn. (XLVIII, 20).

(*aa*) Ley I, § 4, 2, 3, de bonis damn. (XLVIII, 20). Ley 10, C. de bonis proscr. (IX, 49). Nov. 17. C. 12.—La ley más reciente es la Novela 134, C. 13. de la cual, la Auténtica Bona damnatorum C. de bonis proscr. (IX, 46) difiere solo ligeramente.

(*bb*) Ley 7, § 5, de bonis damn. (XLVIIi, 20).

confiscacion, pero sí apertura de sucesion, porque los bienes de un muerto se heredan, pero no se confiscan.

Haciendo aplicacion ahora de estos principios á la facultad de testar, veremos que, desde que la confiscacion de bienes existe, el testamento del condenado es necesariamente nulo, sea que haya sido hecho en época anterior ó posterior á la condena, lo cual no está en armonía con las legislaciones modernas que rechazan la confiscacion.

Entre los romanos, el testamento del condenado á esta clase de penas, se destruia por efecto de la *capitis deminutio*, siendo así que toda *capitis deminutio*, aun la *mínima*, producia este resultado. Si en la época de su muerte el condenado habia sido rehabilitado, su testamento, siempre nulo ante el *jus civile*, se revalidaba por el pretor (*cc*). Una vez incurrido en la pena, no habia testamento, porque ningun *peregrinus* tiene la *testamentifactio* (*dd*): obstáculo que no existe en las legislaciones modernas, siendo así que ellas desconocen la *magna capitis deminutio* de los romanos.

Finalmente, la ficcion de la muerte, tomada en todo su rigor, hace imposible el testamento posterior á la imposicion de pena, puesto que á un muerto no le es dado hacer testamento; pero esta ficcion no se opone á la validez del anteriormente hecho, pues la muerte natural, léjos de invalidar las disposiciones testamentarias, les da fuerza. Esto lo vemos, sobre todo, en el caso en el cual la ficcion de la muerte ha sido introducida por un decreto del pueblo (la *Lex Cornelia*), precisamente para este objeto. Suponíase que el romano prisionero, muerto en poder del enemigo, moria en el momento mismo en que era hecho prisionero, y de este modo se daba validez al testamento que, sin esta ficcion, habria sido nulo por la *maxima capitis deminutio* (*ee*).

Los principios del Derecho romano, sanamente aplicados al derecho moderno, no nos ofrecen, pues, motivo suficiente

---

(*cc*) Gayo II. § 145, 147. Ulpiano XXIII, § 4, 6; Ley I, § 8; Ley 11, § 2, de B. P. secundum tab. (XXXVIII, 11). Ley 8, § 3, de i. cod (XXIX, 7). Cey 6, § 5—13, de injusto (XXVIII, 3).

(*dd*) Ley 8, § 1, 4, qui test. (XXVIII, 1),

(*ee*) Ley 6, § 5, 12, de injusto (XXVIII, 3). Ley 12, qui test. (XXVIII, 1). Ulpiano (XXIII, 5).

para anular el testamento de una persona que habia sido condenada.

Estas consideraciones no prueban de ninguna manera que la muerte civil deba ser abolida de los códigos penales modernos; ellas tienden solo á rechazar falsas apariencias de conexion con las ideas y las tradiciones del derecho positivo y á prevenirnos contra las erróneas consecuencias que de otro modo se seguirian. Las reglas que en esta materia se hace indispensable establecer, son de todo punto extrañas al derecho anterior, siendo preciso buscarlas, no en la historia, sino en la propia naturaleza del asunto: esto se aplica, entre otros casos, á la cuestion de saber si el testamento del condenado á una pena grave, debe ser ó no mantenido como válido.

§ LXXVI.—*Restricciones de la capacidad por consecuencia de la infamía.—Introduccion.*

Por dos motivos he debido tratar como parte del derecho romano actual las restricciones de capacidad que preceden. Primeramente han estado en todo tiempo ligadas de una manera íntima al conjunto de las relaciones del derecho privado, de tal modo, que no se podria saber profundamente su estado actual ó distinguir con seguridad los errores á él unidos sin su exacto conocimiento; y en segundo, porque hay en estas materias muchos puntos importantes, conservados en el derecho actual, que no podrian comprenderse bien si se les desprendiera de su unidad primitiva.

Sin embargo, parecidos motivos no existen para otras restricciones las cuales no han tenido nunca sobre la capacidad sino una influencia muy aislada, y que, en mi concepto, han desaparecido por completo hoy: me refiero á la infamia y á las diferencias de religion. Ambas, en tanto que pertenecen al derecho romano, son instituciones caidas en desuso; pero como esta doctrina sea contraria á la opinion generalmente aceptada, figurando dichas doctrinas en los tratados modernos como parte integrante del derecho comun, su exposicion crítica es de todo punto obligada en el plan de esta obra. Comencemos por la infamia; y á fin de dar una base sólida á esta difícil investigacion, ántes de definirla y de exponer sus

diferentes clases y trazar su historia, la mostraré tal como aparece en la legislacion el Justiniano. Sus principios no podian diferir de los del derecho anterior de un modo absoluto, porque los redactores de las Pandectas tomaron como punto de partida el edicto del Pretor, que reproducen testualmente *(a)*, satisfaciéndose con completarlo ó modificarlo despues. He aquí los diferentes textos tomados de las fuentes que podemos consultar á este propósito:

Tit. Dig. de his qui notantur infamia (III, 2).

Tit. Cod. ex quibus causis infamia irrogatur (II, 12).

A estos textos se refiere directamente una gran parte del decreto del pueblo romano llamado comunmente *Tabula Heracleensis (b)*, del cual hablaré más tarde. Entre los autores modernos señálanse:

Donellus, lib. XVIII, c. 6-8.

Hagemeister en Hugo's civil. Magazin, t. III, n. VIII (1803) página 163-282 de la edicion del tercer tomo, hecha en 1812.

G. Chr. Burchardi, de Infamia. Kilon. 1819, 4, *(c)*.

(a) El fragmento del edicto se halla en la Ley I de his qui not. (III, 2). Hablando de los casos enumerados en este fragmento, y para abreviar, cito simplemente el Edicto, pero segun el texto dado por la Ley I, de his qui not. Esta advertencia es indispensable, porque tenemos una parte importante del Edicto con numerosas variantes en otro texto, probablemente el comentario de Paulo, Fragm, Vat. § 320 (el comentario § 321). Hablaré de estas variantes luego, y en el apéndice VII.

(b) Tab. Heracl, lin. 108-141, en Haubold, Monumenta legalia, edc. Spangenberg, Berol. 1830, p. 122-129.—La ley fué dada el año 709 de Roma y su verdadero nombre es Lex Julia municipalis. Zeitschr. f. Gesch. Rechtswis., t. IX, p. 348-371.

(c) Burchardi p. 5, 11, dice que la mayor parte de estas ideas las ha tomado en los cursos mios que estudió; pero indudablemente devuelve con usura el préstamo, pues los principales puntos de su investigacion los conozco yo por su trabajo. Más tarde Burchardi ha modificado sus opiniones: muchas materias que en mi concepto pertenecen al derecho privado, como el *connubium*, el *commercium*, la *testamentifactio*, son estimadas por él como parte del derecho público y, por tanto, sometidas á la injuria y sus efectos, (Grundzüge des Rechtssystems der Römer p. 272). Si fuera así, las consecuencias de la infamia no se hubieran estendido lentamente á estas materias por disposiciones limitadas y sueltas, como Burchardi lo afirma con motivo de las leyes Julia y de Constantino.

Th. Marezoll, über die bürgeriche Ehre. Giessen, 1824, 8, *(d)*.
(Sobre el estado presente de esta institucion.)
Eichhorn, Deutsches Privatrecht. cuarta ediccion, § 83-90.

§ LXXVII.—*De los casos diferentes por los cuales se incurre en infamia.*

Los diferentes casos de que habla el epígrafe pueden, segun las fuentes del derecho, reducirse á cinco clases:

1.ª Infamia resultado de la condenacion á causa de un crimen público.

Este caso se ha erigido gradualmente en regla general. El edicto mismo no unia la infamia sino á la *calumnia* ó *prævaricatio*, cometida en un proceso criminal, disposicion que está reproducida en la Tabla de Heraclea (lin. 120-122).—Un decreto del Senado le impuso al condenado por el delito de *vis privata (e)*. Despues, la infamia se estableció como una consecuencia de todas las penas capitales, pero sólo en tanto que duraban (la menor de ellas era la pérdida del derecho de ciudad). La infamia era una circunstancia indiferente y no tenia sentido sino en el caso de que el condenado obtuviera indulto de la pena sin alcanzarlo á un tiempo de la infamia, que era lo más frecuente *(f)*: finalmente, se afirmó en principio que toda pena resultado de un *publicum judicium* fuese infamante *(g)*; mas excluyéndose las pronunciadas á

(d) Obra notable por la profundidad de sus investigaciones y la riqueza de los materiales á donde remito á los lectores para completar esta exposicion, bien que no tenga igual criterio que el autor en muchos puntos capitales. No he creido deber reproducir varias disposiciones de pormenor contenidas en las leyes de los emperadores, porque no han tenido influencia sobre la naturaleza de esta institucion.

(e) Ley I, pr. ad L. Juliam de vi, priv. (XLVIII, 7).

(f) Ley I, § 6-9, de postulando (III, 1). Marezoll, p. 127.

(g) Ley 7, de publ. jud. (XLVIII, 1). Ley 56, pro socio (XVII, 2). Coll. LL. Mos., tit. 4, § 3, combinado con el § 12. Las prescripciones contenidas en la Tab. Heracl, lin. 117, 118, 111 y 112 no son completamente análogas: la ley habla de los que han sufrido en Heraclea un *publicum judicium*, de los que han sido desterrados de Italia por los tribunales de Roma, y sin excepcion de todos los condenados segun la ley Plætoria. En el § 20 está expuesta la causa de esta diferencia.

consecuencia de un *crimen extraordinarium*, las cuales no eran infamantes sino en ciertos casos excepcionales de los que hablaremos bien pronto.

Habia tambien otras causas infamantes que simulaban de alguna manera una condenacion judicial, pero no cumplida; así, se menciona como el primer caso el del soldado que ha recibido su licencia afrentosamente (*d*), la mujer sorprendida en flagante delito de adulterio, pero no condenada (*e*), el que violaba una transaccion hecha bajo fé de juramento (*e*‘) y, en fin, el que habiendo presentado una denuncia al fisco, no podia aducir la prueba (*f*).

Como complemento de las disposiciones del derecho romano sobre infamia, citaré la auténtica *habita*, dada por Federico I, para proteger á los estudiantes en Derecho, declarando infame á cualquiera que les injuriare, que bajo pretexto de represalias les roba ó les causà un daño, obligando al delincuente á pagar cuatro veces su valor, y si fuera empleado público, destituyéndolo además de su empleo.

II. Ciertos delitos privados, y, segun el edicto mismo, el robo, el pillaje, la injuria y el fraude.

La infamia resultaba de la condenacion en sí cuando habia sido decretada contra el acusado personalmente; sí, pues, se hacia representar por un procurador, ni éste ni el condenado, incurrian en infamia (*g*). El resultado natural de esta disposicion fué hacer inútil la ley, desde el momento que los procuradores fueron generalmente admitidos, puesto que bastaba al acusado hacerse representar para eludir la nota de infamia. En estos diferentes casos, el edicto coloca en una misma ley la condenacion y la transaccion (damnatus pactusve erit), entendiéndose de una transaccion privada hecha

---

(*d*) Ley I, pr. de his que not. (III, 2). «Qui ab exercitu ignominiæ causa ab. Imperatore... dimissus erit.» Este caso está prescrito igualmente en la Tab. Heracl. 1, |121.

(*e*) Ley 3, § 4, 12, 13 de ritu nupt. (XXIII, 2). «Quæ in adulterio deprehensa est, qua si publico judicio damnata est.»

(*e*‘) Aquí sólo se trata de contratos que tienen por objeto regular asuntos litigiosos. Ley 41. C. de transact. (II, 4).

(*f*) Ley 18, § 7: Ley 2, pr. de j. fisci (XLIX, 14).

(*g*) Ley 6, § 2 de his qui not. (III, 2). Ley 2 pr. de obsequ. (XXXVII, 15).

á precio de dinero, no de la satisfaccion dada en presencia del juez ó de la denuncia puramente gratuita *(h)*.

Si, para todos estos delitos no habia accion privada, sino *crimen extraordinarium*, la infamia no subsistia ménos, y tales son los casos excepcionales en los que el *crimen extraordinarium* tiene carácter infamante, que no resulta de ordinario más que del *judicium publicum* (*i*); que el delito conserve su nombre genérico (furtum, injuria) (*k*), ó que bajo una denominacion especial (expilata hereditas, stellionatus), sea objeto de una accion criminal (*l*), no estableciendo diferencia alguna en cuanto á la infamia, y no pudiéndose sustraer de ella nombrando un procurador como cuando los procedimientos privados (*m*) tenian lugar.

Entre los delitos privados infamantes, podemos colocar, en cierto modo, la usura, porque en el antiguo derecho, al ménos, entrañaba una pena privada. Esta pena no existe en la legislacion de Justiniano; pero la usura siempre fué infamente (*n*).

III.—Obligaciones que resultan de ciertos contratos, independientemente de los delitos.

Aquí tambien el juicio es infamante. Las acciones que tienen este carácter, son, segun los términos del Edicto, las acciones pro socio, tutelæ, mandati et depositi; lo cual se confirma en gran parte por muchos pasajes de Ciceron y por la Tabla de Heraclea (*o*).

(*h*) Ley, 6, § 3, de his qui not, (III, 2).

(*i*) Ley 7, de publ. jud. (XLVII, 1).

(*k*) Ley 92, de furtis. (XLVII. 2). Ley 45, de injur. (XLVII, 10).

(*l*) Marezoll p. 134-136, en donde procura conciliar de una manera satisfactoria la contradiccion aparente que existe entre la ley 13, § 8, de his qui not. (III, 2) y la ley 2 de stellion. (XLVII, 20).

(*m*) Marezoll. p. 167.

(*n*) Ley 20: C. ex quib. caus. inf. (II, 12).

(*o*) Ciceron pro Roscio Com. C. 6, pro Roscio Amer. C. 38,39, pro Cæcina C. 2, (in fine) et C: 3. Tab. Heracl. lin. 111.—Para el tutor la infamia resulta, no solo de una condena á consecuencia de la *tutelæ actio*, sino además de su destitucion como *suspectus* § 6, J, de susp. (), 26). Ley 3, § 18 idem. (XXVI, 10). Ley 9, C. idem. (V, 43).—El tutor incurre tambien en infamia si antes de espirar el plazo fijado por la ley casa á su pupila ó la dá en matrimonio á su hijo, porque estos hechos son asimilados al dol. Ley 60, pr. de r. n. (XXIII, 2). Ley 7. C. de interd. matrim. (V. 6).

Sin embargo, estos últimos textos omiten la *depositi actio*, y añaden la *fiduciæ actio*, que Justiniano debió naturalmente pasar en silencio como una institucion caida en desuso. Es probable que antiguamente el *depositum* sin *fiducia* no entrañase la infamia, y que más tarde, pero mucho antes de Justiniano (Ley 10, C. depos.) la *fiducia*, ya abandonada, hiciera pasar sus efectos al *depositum* en general. Podia aquí aún evadir los efectos de la infamia el acusado, nombrando un procurador (suo nomine... damnatus erit): la infamia no resulta sino de la *directa actio* (con contrario judicio damnatus erit), y, sin embargo, la *contraria actio* era algunas veces infamante, si el que representaba esta accion se hacia culpable de mala fé *(p)*.

En cuanto á la *directa actio*, los jurisconsultos están muy divididos acerca de la importante cuestion de saber si estas acciones son siempre infamantes, ó solo en caso de *dolus*, á cuyo caso, como á otros, se asimila la *culpa lata*. Para la primera opinion y la más severa, se invoca el edicto del Pretor, que dice en términos generales y sin hablar del *dolus*: «Infamia notatur... qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi... damnatus erit:» y otros textos que reproducen la idea general de este principio (*q*). De la otra parte existen muchos textos, en donde la mala fé está representada como el motívo, y por consecuencia, como la condicion de la infamia (*r*). Pero se responde que si en parecidas circunstancias el demandado se deja llevar ante el tribunal, en vez de pagar voluntariamente, esta *temeritas litigandi*, constituye un verdadero *dolus* que merece la pena de infamia. Este argumento nos conduce á sentar algunos principios propios para conciliar ambos sistemas: 1.° Si hay dolo propiamente dicho, fraude etc., no existe dificultad. 2.° Si el tutor ó el depositario, sin haber cometido anteriormente ningun dolo, rehusa restituir los bienes al pupilo ó el objeto depositado: este caso es idéntico al precedente. 3.° Si en una *arbitraria actio*, el árbitro man-

---

(*p*) Ley 6, § 6, 7, de his qui not. (III, 2).

(*q*) § 2, J. ds pæna temere litig. (IV,16). Tabula Heracl, lín. 111.

(*r*) Ley 6, § 5, 6, 7, de his qui not. (III, 2). «fidem,» «malo versatus,» «perfidia.» Ley 22, C. ex quibus caus. (II, 12). «Fidem rumpens.» Ciceron pro Cæcina C. 3. «fraudavit.»

da antes del juicio al demandado pagar una suma de dinero, lo cual rehusa dejándose condenar; una tal *contumacia* puede aquí, como en otros casos (*s*), ser asimilada al *dolus* y entrañar infamia. 4.° Pero no es necesario ir más lejos y extender la infamia á otros casos. Si pues un mandatario que ha cometido una *levis culpa*, rehusa pagar al mandante una indemnizacion excesiva, y llevado ante el juez, es condenado á una indemnizacion moderada, no se le podria evidentemente considerar como un litigante temerario, y castigarle con la infamia repugnaria á toda idea de justicia (*t*).

Para las obligaciones todas sin distincion, la insolvencia es una causa de infamia (bona possesa, proscripta, vendita), y así lo afirman muchos antiguos testimonios (*u*). El derecho Justinianeo nos ofrece indirectamente una prueba escrita de este principio, al decidir que la venta de los bienes resultantes dé la *cessio bonorum*, no es infamante (*v*), en oposicion evidente al verdadero concurso que entrañaba la infamia: no se podrian determinar con certidumbre la época, ni los motivos de esta modificacion. Para referir la exencion de la infamia á la abolicion de la antigua *bonorum venditio*, es necesario admitir que no tiene lugar sino despues de la *vendítio* perfecta, y no una vez verificada la venta preparatoria, la simple *possesio bonorum* (*x*).

IV.—Actos tocantes á las relaciones del sexo.

Encontramos aquí mucha oscuridad, á causa de la insuficiencia de las fuentes que poseemos, y porque en esta materia, más que en otras, las reglas del derecho carecen de precision y fijeza: veamos los casos siguientes.

(*s*) Así, por ejemplo, para el jusjurandum in litem. Ley 2, § I. de in litem jur. (XII, 3).

(*t*) Donellus, XVIII, 8, § 8-13 desenvuelve perfectamente la opinion más indulgente, que yo adopto, y refuta valiéndose de una hábil interpretacion, las objeciones tomadas de ciertos textos. Marezoll p. 148-155, sostiene la opinion más severa; pero cita sin razon á Doneau como partidario de su doctrina.

(*u*) Ciceron pro Qninctio. C. 15. Tabule Heracl. lin. 113-117. Gayo II, § 154.

(*v*) L. 8. C. qui bon. (VII, 71). L. 11. C. ex quib. caus. inf. (II, 12).

(*x*) Gayo solo habla de la *venditio* como causa de infamia. Los pasajes de la Tabla de Heraclea, tomados á la letra, vienen en apoyo de la opinion contraria.

1.º Inobservancia del período del luto.

El Edicto del Pretor, tal como lo tenemos en el Digesto, dice: si una viuda contrae segundo matrimonio antes de espirar el plazo del luto, sean declarados infames el nuevo marido, si es *paterfamilias*, ó su padre si es *filiusfamilias*, y el padre de la viuda, si ésta se halla bajo su potestad y aquél ha autorizado el matrimonio. La infamia de la viuda parece debiera ser una consecuencia natural de estas disposiciones; pero el Edicto no la señala, si bien su infamia se sobreentendió siempre como una deduccion lógica (*y*) de todo punto necesaria.

Observan en este lugar los antiguos jurisconsultos, que el motivo de la infamia, no era una falta de piedad hácia el difunto, sino únicamente el temor de la confusion del parto, *sanguinis turbatio*; de donde se seguia hubiere lugar á la in famia, aun cuando la viuda, por un motivo especial no hubiera llevado el luto de su primer marido, si, por ejemplo, habia sido culpable de alta traicion. Por el contrario, si la viuda daba á luz poco despues de la muerte de aquél, el segundo matrimonio era lícito, porque la *sanguinis turbatio* no era posible. Así tampoco la inobservancia del luto de los parientes, aun los más próximos, trae consigo la infamia (*z*). Tales son en su conjunto las disposiciones del derecho Justinianeo, y hasta aquí, en verdad, que no surgen dificultades; pero en cuanto al antiguo derecho los testimonios que poseemos son muy contradictorios, sin que se puedan deducir de su estudio resultados ciertos, á no ser que procuremos investigar profundamente la materia. (Véase Apéndice VII).

El tiempo del luto era de diez meses, de acuerdo con la ley fisiológica sobre la duracion del embarazo, el cual no se prolonga nunca más allá de dicho límite (Apendice III). Las leyes de los emperadores cristianos fijaron su duracion en

---

(*y*) L. II. § 3, de his qui not. (III, 2). Entre los manuscritos, los hay que dicen, *si quis* y otros *si quæ*; pero la última lectura está sin duda justificada por el conjunto del texto. L. 15, C. ex quib. caus. (II, 12) L. I. 2, C. de sec. nupt. (V. 9). L. 4. C. ad Sc. Tert. (VI, 56).

(*z*) L. II, § 1, 2, 3; L. 23, de his qui not. (III, 2).

un año *(aa)*: y, el derecho canónico tiene en este caso abolida la infamia *(bb)*.

2.° Doble matrimonio ó dobles esponsales.

El Edicto declara infame al *paterfamilias* que se halla al mismo tiempo ligado por un doble matrimonio ó por dobles esponsales; y si se trata de un *filiusfamilias*, al padre que le ha autorizado. Sin embargo, bien que luego la disposicion se estendiera á la mujer, el Edicto no habla aquí más que del hombre *(cc)*. Aún cuando uno de estos dos vínculos simultáneos fuera nulo *(dd)*, no por esto se le libertaba de la infamia, porque lo que se castigaba no era tanto el delito mismo, cuanto la intencion *(ee)*; de otro modo no habria habido nunca lugar á la infamia por un doble matrimonio, porque la existencia del primero entrañaba siempre la nulidad del segundo *(ff)*.

Independientemente del doble matrimonio y de los dobles exponsables, estos, contraidos durante el matrimonio, eran nna causa de infamia *(gg)*.

3.° Las mujeres que toman la prostitucion como un oficio (*corpore*, ó bien *palam* ó, ya *vulgo quœtum faciens*).

El texto del Edicto, inserto en el Digesto, calla sobre este punto; la *Lex Julia*, prohibe á los senadores y sus descendientes el matrimonio con esta clase de mujeres, sin hablar

---

(aa) L. 2, C. de sec. nupt. (V, 9).

(bb) C. 4, 5, X, de sec. nupt. (IV, 21).

(cc) Para el caso del año de luto, tan detallado afortunadamente, se vé claro que no se trataba sino de los hombres cómplices de la viuda; para el de los esponsales, la resolucion es ménos clara. El empleo del masculino *quive*, no impediría estender la disposicion á la mujer, porque *quis* se emplea frecuentemente aplicado á la vez al hombre y la mujer, (L. I, de V. S. L. 16). Sin embargo, en este texto *quive* designa únicamente al hombre, no á causa de la analogía del año del luto, sino más bien en razon de esta segunda parte del luto: «*Quive* suo nomine... ejusve nomine *quem quamve* in potestate haberet, et.» La mencion expresa de ambos sexos, prueba que al principio del texto la mujer ha sido omitida intencionalmente y porque así lo quiso el Pretor.

(dd) L. 13, § 3, de his qui not. (III, 2).

(ee) L. 13, § 4, de his qui not. (III, 2). L. 18, C. ad L. Jul. de adult. (IX, 9).

(ff) § 6, 7, J. de nupt. (I, 10).

(gg) L. 13, § 3 de his qui not. (III, 2).

de infamia, y prohibe á todo hombre ingénuo el matrimonio con diferentes clases de mujeres, sin hacer mencion de las prostitutas. Ahora bien, estas diferencias no pueden comprenderse sin una investigacion histórica profunda (apéndice VII).

4.º El hombre que se entrega á los placeres de otro, *muliebria passus*, es declarado infame por el Edicto (*hh*), aun sin hacer mencion del interés pecunario.

5.º El Edicto declara infame al que tiene una casa de vicio (*qui lenocinium fecerit*), disposicion reproducida por la Tabla de Heraclea (lin. 123) (*ii*). La cuestion de saber si esta causa de infamia es aplicable igualmente á las mujeres, será objeto de una investigacion especial (apéndice VII).

V. Ciertas profesiones, independientes de las mencionadas en el número IV, llevan consigo la infamia, y así, el Edicto declara infames:

1.º Al que ha representado públicamente sobre un teatro (*kk*).

(*hh*) L. I. § 6, de postulando (III, 1). L. 31, C. ad L. Jul. de Adult. (IX, 9).—El *muliebria passus* no estaba comprendido en el Edicto general sobre los infames (L. I, de his qui not. III, 2), pero se le castigaba más severamente que á los restantes: hablaré de nuevo sobre esta distincion. La Tab. Heracl. lin, 122, 123 no se aplica sino al caso en que el *muliebria passus*, ha recibido dinero: «queive corpori (corpore) *quœstum* fecerit?

(*ii*) Aquí *lenocinium* está tomado en su propio sentido, el de terceria. L. 4, § 2, 3, de his qui not. (III, 2). *Lenocinium* se aplica tambien figuradamente á las mediaciones en los adulterios ó en el *stuprum*; si por ejemplo, un marido autoriza por dinero el aduterio de su mujer. estos casos no están previstos aquí, son considerados como *adulterium* y dan lugar á un *publicum judicium*. L. 2, § 2. L. 8 pr. L. 9, § I, 2, ad L. Jul. de adult. XLVIII, 5).

(*kk*) Qui artis ludicræ pronunciandive causa in scenam *prodierit*. Esta disposicion se aplica á los *lanistœ* (Tab. Heracl. lin. 123); pero no á los *athletœ* y á los *designatores* (L. 4, pr. § 1, de his qui not. III, 2).—Un decreto del Senado prohibió expresamente á las personas de distincion aparecer en la escena, porque de ordinario, por satisfacer sus aficiones á la vida de comediantes, jóvenes pertenecientes á familias distinguidas, se hacian mezclar en un proceso infamante. Suetonio Liber. 35.

2.° Al que se contrata para un combate de fieras, aun cuando no llegue á ejecutarse ó, al que en un anfiteatro toma parte en un combate parecido, no obstante que lo haga gratuitamente (*ll*).

Comparando ahora todos los casos procedentes de infamia, encontramos dos elementos comunes: la infamia siempre unida á una accion personal del que es declarado infame (*mm*); la misma referida al acto, no á la naturaleza de la pena, por ejemplo, á una pena corporal (*nn*).

§ LXXVIII.—*Significacion jurídica de la infamia.*

Veamos de resumír los caractéres que presenta la naturaleza jurídica de la infamia, segun los diferentes casos antes enumerados.

1.° Es necesario que responda á una idea rigurosamente determinada, porque el Edicto enumera sus diferentes casos, y los antiguos jurisconsultos se entregan á investigaciones muy exactas sobre sus límites. Tambien lo notamos por los términos en los cuales la infamia se aplica á un nuevo caso: «et videlicet omni honore *quasi infamis* ex Senatus consulto carebit (*a*);» en donde es evidente que la palabra *infamis* expresa una idea de derecho conocida y precisa, de la cual el Senado hacia una nueva aplicacion.

2.° Síguese además de aquí que hay efectos determinados unidos á la infamia, porque de otro modo el espíritu práctico de los antiguos jurisconsultos no habria tenido objeto al precisar su sentido.

3.° Los casos enumerados son de dos especies: los unos implican una decision judicial, de la cual resulta la infamia; los otros responden á un hecho extrajudicial, que se supone

---

(*ll*) L. I, § 6, de postul. (III, 1). Este no era un caso ordinario, sino uno de los más graves de iufamia (Comp. Tab. Heracl. lin. 112, 113).

(*mm*) Este principio ha sido violado por la primera vez, en la ley que declaró infames á los hijos de los condenados por crimen de lesa magestad; pero dicha ley incurrió en todos los tiempos en una reprobacion general. L. 5, § I, C. ad L. Jul. majest. (IX, 8).

(*nn*) L. 22, de his qui not. (III, 2). En Alemania se ha considerado frecuenntemente de otro modo.

(*a*) L. I. pr. ad L. Jul. de vi priv. (XLVIII, 7).

conocido ó de notoria publicidad. Este doble carácter de la infamia nos conduce á precisar las condiciones que debe tener el juicio en los casos de la primera especie (*b*). Los autores modernos han dividido con este motivo la infamia en *mediata* é *inmediata*, distincion supérflua y estéril, cuya forma latina podria hacer creer existia ya en el lenguaje de las fuentes.

4.° Al lado de la infamia definida jurídicamente, existen muchos casos en que el sentido moral de las gentes honradas, apreciando ciertos actos ó los hábitos de toda la vida, impone el deshonor de una man ra tan perentoria como si las condiciones todas de la infamia concurrieran reunidas(*c*): por esto los autores modernos distinguen una *juris* y una *facti infamia*. Pero el nombre de infamia debe reservarse á la primera, y estas expresiones tecnicas ser rechazadas como extrañas al lenguaje de las fuentes, y además, porque pueden iuducirnos á buscar para la *infamia facti*, condiciones y efectos rigurosamente determinados, que pertenecen solo á la *infamia juris*. Los que se han procurado atribuir á la *infamia facti*, se reducen á la apreciacion enteramente libre, sea del soberano ó de los ministros en la eleccion de funcionarios, sea de los jueces respecto al grade de confianza que merecen los testigos, ó á la *querela inofficiosi* de hermanos y hermanas. Asi, pues, la distincion referida entre la infamia, no es solo inútil, sino que puede convertirse fácilmente en orígen de errores y verdadera causa de confusion. La imposibilidad de asignar una señal cierta á la infamia llamada *facti*, muestra cuánto difiere de la infamia verdadera; y en efecto, la mala reputacion, aun justamente adquirida, presenta una multitud de grados imposibles de apreciar, aparte que la opinion pública no siempre es equitativa, ya porque obedece á preocupaciones, ya dando oidos á rumores sin fundamento alguno racional.

Hay tambien condiciones y oficios á los cuales se une de

(*b*) Este asunto ès tratado detalladamente por Marezoll, pág. 123 y siguientes.

(*c*) Como se expresa claramente en la L. 2, pro de obsequ. (XXXVII, 15). Véase Donellus, lib. XVIII. C. y. § 7.

ordinario una idea de abyeccion, independientemente de todo juicio moral; siendo tan vagos los términos que expresan este órden de ideas como sus efectos sobre el derecho, cuyos vestigios encontramos en cualquier parte (*d*).

Veamos ahora sobre qué principio descansa la idea positiva y práctica que debemos buscar en el fondo de la infamia, segun las consideraciones que preceden.

No consultando más que el encadenamiento inmediato de las materias en las fuentes del derecho, parece esto una empresa sencilla y fácil. El Digesto reproduce literalmente el pasaje del Edicto en que se enumeran los diferentes casos de infamia, y al cual se refieren todas las disposiciones posteriores. El Pretor hubo de hablar de la infamia á fin de impedir á los infames pedir en juicio por otros, esto es, comparecer como procuradores ante su tribunal: tambien en el Digesto el título de *postulando* sigue inmediatamente al de *his qui notantur infamia*. Si pues existia ya una idea vaga de la infamia, á la cual los jurisconsultos modernos llaman *infamia facti*, el Pretor podria ser el primero que le ha asignado carácter jurídico, límites precisos y efectos determinados, y desde este momenlo se puede definir así en derecho la infamia: la condicion de los que regularmeute son incapaces de postular por otros (*e*).

Pero esta definicion, examinada escrupulosamente, no parece admisible, y desde luego salta á la vista la desproporcion que existe entre el medio y el fin. La infamia es una cosa grave y séria, independientemente de sus consecuencias jurídicas; y esta idea moral, ¿se habria introducido en el dominio del derecho, solo como señal de incapacidad para postular por otro? Sin duda, que importaba al Pretor apartar de su tribunal las personas indignas, y tal es el motivo que le lleva á hablar de ello en el Edicto; pero para conseguir su fin le .bastaba enumerar estas personas sin herirlas con el nombre de infames. ¿Diríase que él imprimia por esto una

---

(*d*) Esta es la idea que expresan las palabras: turpes, viles, abjectæ, humiles personæ. Cmp. Marezoll p. 270 y siguientes.

(*e*) Tal es, en efecto, la opinion de la mayoría de los autores, más ó ménos claramente expresada. Véase entre otros á Marezoll. p. 99, 208 y 212.

pena jurídica á la infamia moral, tanto más cuando esta prohibicion era de ordinario poco eficaz? La mayor parte no tenian obligacion de postular por otros, y los mismos que tuvieran esta necesidad podian, alejándose del tribunal, evitar se descubriese su infamia. Para los particulares, la incapacidad no era en cierto modo sensible, y aquí comenzamos á ver lo que antes decíamos de la falta de proporcion entre el medio y el fin.

Además, la definicion es bajo otro aspecto irreconciliable con el contenido real del Edicto, que paso á examinar. El Pretor divide en tres clases las personas á las cuales les niega el derecho de postular; de modo que existen tres Edictos sobre este punto (*f*). La primera clase ó el primer edicto abraza á aquellos cuya incapacidad es absoluta, y que por tanto no pueden postular por sí mismos: se comprenden aquí todos los menores de 17 años y los sordos (*g*); habrian podido añadirse los mudos si no fuere supérfluo, puesto que no interceden oralmente por nadie, ni en este concepto tienen representacion por persona alguna.

La segunda clase comprende los que pueden postular por sí, pero nunca por otros. Estos son las mujeres (*h*), los ciegos y las personas cuyo deshonor es notorio (*in turpitudine notabiles*), es decir, los hombres que se entregan á los placeres de otro, los condenados por un crímen capital y los que celebran contratos para combatir con las fieras (*i*).

Finalmente, la tercera clase comprende los que pudiendo postular por sí, son inhábiles para hacerlo por otro, á ménos que se trate de personas colocadas en ciertas condiciones ex-

---

(*f*) L. I. § 1, 7, 9, de postulando (III, 1). «Ea propter tres fecit *ordines*»—«tres *ordines* prætor fecit non postulantium,»—«si fuerit inter eos qui *tertio Edicio* continentur.»

(*g*) Ley I; § 3, de postul. (III, I).

(*h*) Este principio sufre, sin embargo, muchas excepciones. Así, las mujeres tienen derecho á postular por su padre, *causa cognita*, si este no puede hacerse representar de otro modo (Ley 41, de proc. III, 3); tenian derecho á gestionar para un tercero, *cognitoriam operam*, si tenia lugar *in rem suam* (Paulo I, 2, § 2). Así, pues, poseian la facultad necesaria para ser cesionarias de una accion.

(*i*) Ley I, § 5, 6, de postul. (III, I). He hablado de estos diferentes géneros de infamia en la enumeracion general de los infames (§ 77).

cepcionales, como el parentesco, la afinidad, el patronato y la imposibilidad de defenderse (*k*). Esta tercera clase abraza: 1.°, Todos aquellos para los cuales un decreto del pueblo, un Senado consulto, un edicto ó un decreto del emperador, establece esta prohibicion; y 2.°, además, «hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui edicto prætoris *ut infames notantur* (*l*).»

Con el fin de precisar esta última disposicion, daba el Pretor una lista de los infames, la cual es probable se encontrara en el tercer edicto, relativo á la incapacidad de postular total ó parcial (*m*).

Segun este cuadro de las reglas del derecho, que no atribuimos á las fuentes, pero que se halla directamente expresado, se vé que la filiacion de las ideas y de las expresiones técnicas, no es tal como se la representan los autores modernos. No dice el Pretor que él llame á ciertas personas *infames* y les prohiba postular, porque la eleccion de esta frase no habria estado motivada, ni se concebiría, pues que el pretor, en vez de esta circunlocucion del § 56, *in turpitudine notabiles* no empleó la palabra *infames*, la cual se convertiría de este modo en un término genérico, abrazando á todos los que, faltos de moralidad, eran incapaces. Hé aquí lo que dice efectivamente el pretor: El tercer *ordo* comprende, entre otros, todos los *infames*, es decir, los que no fueron designados en el segundo *ordo*. Por este modo de expresarse el pretor nos muestra la infamia como una idea del derecho antiguo, conocida, cuya aplicacion no le ofrece duda alguna; pero para evitar todo error ó todo pretexto de él, tuvo cuidado de enumerar los *infames* comprendidos en este tercer *ordo non postulantium*. Para este fin práctico no tenia necesidad de reproducir en una nueva lista los *infames* que figuraban ya en

---

(*k*) Ley I, § 8, II; Ley 2, 5, de postul. (III, I).

(*l*) Ley I, §, 8, de postul. (III, I).

(*m*) Donellus, lib. XVIII. C. 6, § I, dice que el Pretor habia dado un edicto especial para los infames. Pero es más verdad aún que el pasaje citado del edicto Ley I, de his qui not. venia despues del pasaje citado Ley I, § 8, de postul, y servia de aplicacion al *tertium edictum de non postulantibus*. La forma en que los cumpiladores del Digesto han tratado esta materia, parece haber inducido á error á Doneau.

el segundo *ordo* y que no lo eran ménos de nombre que de hecho (*n*).

El Pretor no ha inventado, pues, la idea de la infamia, sino que era ya antigua, y lo que sucedió fué que se encontró en la oportunidad de usar una medida entrañada en el ejercicio de sus funciones. Si los antiguos jurisconsultos, hablando de la infamia, parecen referir su orígen al edicto (*o*), esto no implica ninguna contradiccion, porque el delito era ciertamente el primer documento escrito que hizo mencion de los infames, y los jurisconsultos; para determinar la idea jurídica de la infamia, debieron naturalmente volver los ojos á él, y para dar á su exposicion más certeza y claridad, tomar como punto de partida antes el nuevo derecho escrito que el antiguo no escrito.

§ LXXIX.—*Significacion jurídica de la infamia.* (Continuacion).

Ahora bien; segun el exámen que precede, el Pretor encontró en la infamia una institucion ya antigua. ¿Qué sentido tuvo antes?

En los tiempos modernos la infamia aparece como una pena, si está sola, ó como la agravacion de otra: entonces es la expresion del despretigio y menosprecio que el Estado infringe por sus órganos á un indivíduo. Mas para obrar así, la

---

(*n*) Podria objetarse que la *calumniæ in judicio publico causa judicatus* incluida entre las *infames* de la Ley I, de his qui not., figura ya en el secundum edictum de la Ley I, § 6 de postul. Pero este § 6 no dice de ningun modo que los condenados por *calumnia* estuviesen comprendidos en el *secundus ordo*, y así no pudiesen postular nunca por un tercero; dice solo que un decreto del Senado prohibió expresamente á estos condenados postular ante el *judex pedáneus*. Por esto el *calumniæ damnatus* no figura en dos edictos, pero el antiguo jurisconsulto, comentador del edicto, ha hecho sobre esta clase de condenados una nota particular que habria sido más oportuna en otro lugar.

(*o*) Ley 5, § 2, de extr. cog. (L. 13). «... vel cum plebeius fustibus cæditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, *quæ Edicto perpetuo infamiæ causa enumeratur.*» Ley 2, pro de obsequ. (XXXVII, 15) «licet enim *verbis edicti non habeantur infames*, ita condemnati, etc.»

infamia ha de ser aplicada á un caso determinado; pues mientras se la considera como una regla general, su accion es nula; ó, en otros términos, la idea moderna responde á lo que se llamaria *mediata infamia*, porque el juez pronuncia una sentencia, pero no á la *inmediata infamia*. Aún para la *mediata*, debemos observar que los romanos la miraban como consecuencia natural de la imposicion de una pena, y no como resultado del juicio mismo, lo que, sin embargo, hubo de prestar mucha fuerza al efecto penal de la infamia.

En todas partes la opinion pública forma juicio acerca del honor ó deshonor de las personas, pero habia de tener mayor importancia en una república como Roma, en donde la eleccion del pueblo daba el poder y los honores. Esta opinion, á semejanza de las ideas todas que forma la multitud, es, por su propia naturaleza, incierta y cambiante, y por ello fijar su sentido y regularla dentro de un límite fijo, es empresa difícil. Los romanos poseian dos instituciones inmediata *(a)* y especialmente dirigidas á este objeto, instituciones de las cuales cada una de ellas tenia un carácter diferente, pero análogo á su vez y que se completaban mútuamente, dependiendo ambas de una misma magistratura, y eran: la infamia y el poder discrecional de los censores.

Ciceron lo dice de un modo explícito en el discurso *pro Cluentio*; la infamia descansaba sobre antiguas y precisas reglas, sobre tradiciones no dudosas (*moribus*), no dependia de ninguna voluntad, bien que en ciertos casos debia ser pronunciada mediante un juicio. Pero como estas reglas no bastasen á las necesidades de la vida real, se las suplió por el poder conferido á los censores de infringir, segun su conciencia, el deshonor en sus diferentes grados. En virtud de esta autoridad descrecional, podian expulsar á un ciudadano

---

(*a*) Digo inmediata, porque la mayor parte de las penas ejercen sobre el honor influencias mediatas. En este sentido es como la *existimatio* está representada como *dignitatis inlœsœ status* en la Ley 5, § 1, 2, 3, de extr. cogn. (L. 13). La *existimatio* puede ser aminorada ó destruida: se aminora por la infamia, y aun por penas que no la llevan consigo; se destruye por la pérdida de la ciudad ó de la libertad. El ciudadano que las sufre no goza del honor civil. Véase sobre este texto el apéndice VI, núms. IV y V.

del Senado ó del órden de los caballeros, incluirle en una tribu inferior ó excluirle de todas las tribus. En este último caso se hacia *ærarius* y perdia su derecho de sufragio (*b*); los censores podian arrojar una mancha tambien, añadiendo al nombre del ciudadano en las listas una *nota censoria* (*c*). Pero esto no se hacia siempre, ni ménos necesariamente, por un exámen profundo de los hechos; el rumor público, ó áun las pasiones políticas, podian influir las determinaciones de los censores (*d*). Tambien sucedia con frecuencia que una pareci la *censorum opinio*, fuese anulada por la oposicion de un colega ó la voluntad de nuevos censores, por una decision judicial ó un decreto del pueblo (*e*). La permanencia de estos efectos no tenia nada de cierta (*f*), siendo bien diferente por tanto de la infamia, que duraba toda la vida (*g*). Si, pues, el poder conferido á los censores sobre el honor de los ciudadanos, ofrecia el peligro de la arbitrariedad y de la

---

(*b*) «De senatu moveri... in ærarios referri, aut tribu moveri.» Ciceron, pro Cluentio C. 43.—«Ærarium reliquissent.» ib. C. 45.

(*c*) Se encuentra muy repetida la simple *subscriptio* ó *notatio censoria*, por ejemplo: pro Cluentio, C. 42, 47.—Algunos de estos casos se expresan así: «furti et captarum pecuniarum nomine notaverunt.» C. 42. O, «contra leges pecunias accepisse subscriptum est.» C. 43.

(*d*) Pro Cluentio. C. 45 y C. 47. «In istis subscriptionibus ventum quendam popularem esse quæsitum... ex tota ipsa subscriptione rumorem quendam, et plausum popularem esse quœsitum.

(*e*) Pro Cluentio. C. 43.

(*f*) Pro Cluentio. C 47. «quid est, quamobren quisquam nostrum censorias subscriptiones omnes fixas, et in perpetuum ratas putet esse oportere?»

(*g*) Pro Cluentio. C. 42, «turpi *judicio damnati* in perpetuum omni honorem ac dignitate privantur.»—Unas veces el emperador, otras el Senado ó el pueblo, podian eximir de este juicio, sin que por ello hubiera contradiccion. La voluntad aislada de los magistrados no podia, y áun en los tiempos de la república, esta restitucion solemne se vió rara vez, quizá no tuvo lugar nunca. Al Pretor solo le era dado hacerlo indirectamente por medio de la restitucion ordinaria, haciendo desaparecer la causa de la infamia: si vg., por un procedimiento irregular se complicaba á un menor en un *famosum judicium*, y este se hacia restituir, el nuevo *judex* lo absolvia de la demanda. L. I, § 9, 10, de postul. (III, I).

injusticia, existia más de un camino para evitarlo. La infamia, irrevocable por su naturaleza, era más de temer; pero descansando en reglas precisas y conocidas, cada uno estaba obligado á evitarla.

El anterior paralelo nos conduce á determinar el carácter práctico de la infamia, la cual no es otra cosa que la pérdida de todos los derechos políticos, excepto el derecho de ciudad. El *infamis* se convertia en *œrarius*, perdia su derecho de sufragio y elegibilidad (*suffragium et honores*), pudiendo definirlo así: se llama *infamis* el romano que, por la aplicacion de una regla general, y no en virtud de una decision arbitraria de los censores, pierde todos sus derechos políticos conservando solo sus derechos civiles.

Antes, sin embargo de procurar justificar esta definicion, voy á deducir algunas consecuencias, hipotéticamente, que servirán para esclarecer su idea:

1.° La infamia se presenta como una especie de capitis deminutio, es decir, media ó incompleta, *media* capitis deminutio, pues que el ciudadano, perdiendo sus derechos políticos, conserva los del órden civil, y su capacidad, anulada en la primera esfera, permanece íntegra respecto á la segunda.

2.° La infamia pertenece esencialmente al derecho público, bien que tenga tambien sus efectos en el privado (*i*).

3.° Produce los mismos efectos que el poder de los censo-

(*h*) Segun los términos de Ciceron, se podria creer que parecidas injusticias eran muy comunes; pero debemos tener presente que Ciceron atacaba un proceso censorial y que estaba obligado, en interés de su cliente, á mostrar esta jurisdiccion como defectuosa. Es verdad que los censores ejercian sus poderes con una severidad justa, y no se comprende de otro modo la influencia de que gozaron sus cargos y el respeto qne se les tenia; pero no lo era ménos que á veces consideraciones personales determinaban juicios de estos magistrados, áun cuando raramente, no obstante; además, que la parcialidad no fuese en manera alguna incompatible con sus funciones.

(*i*) Burchardi ha sido el primero que ha conseguido poner en claro este carácter esencial de la infamia. Hagemeister lo indica al fin de su tratado (p, 181) asignándole un lugar entre las materias del *jus civitatis*.

res en sus límites extremos, pero con la diferencia de que, como basada en reglas generales, es irrevocable.

4.° Como la infamia no estaba fijada por las leyes, sino por las antiguas ideas nacionales (*moribus*), era necesario para asegurarla y regular su aplicacion, la vigilancia de la autoridad. Este cuidado se hubo de encomendar á los censores, quienes redactando las nuevas listas senatoriales de las tríbus, etc., tenian ocasion de incluir á los infames entre los *ærarii*, es decir, excluirlos de todas las listas. Se hacia necesario entonces, segun reglas establecidas, lo que en otros casos practicaban arbitrariamente, y de este modo fué cómo aplicaron las reglas de la infamia, completándolas en virtud de su poder discrecional (*k*). Si los censores olvidaban este deber de su cargo, el cónsul ó el pretor, dirigiéndose á los comicios, podian siempre rechazar á los infames que se presentaran candidatos ó como simples votantes.

5.° Bajo los emperadores la infamia debió perder su importancia cuando los derechos políticos se relegaron á un papel secundario, y la formacion de las tríbus, las listas del censo, etc., no continuaron viviendo con su antigua pureza; desde entonces la infamia no se mostró sino en sus efectos menos importantes, y solo así se explica el carácter enigmático de las fuentes del derecho en esta materia.

§ LXXX.—*Significacion jurídica de la infamia.* (Continuacion.)

Voy á probar ahora que la infamia consistia efectivamente en la pérdida de todos los derechos políticos del ciudadano romano, y examinar, además, sucesivamente primero y en su conjunto despues, las partes constitutivas de estos derechos, *suffragium et honores*.

1.° Pérdida de los honores. En este lugar, la palabra *honores* designa toda posicion política elevada (*dignitas*) y no solo las magistraturas; además comprende la pérdida de una dignidad presente y la incapacidad para el ejercicio en el porvenir de nuevas dignidades.

Esta parte de mi proposicion no puede rechazarse. Cice-

(*k*) Cmp. Niebuhr, t. II, p. 448-451 (2.ª y 3.ª id).

ron dice expresamente que la infamia excluye para siempre del *honor* y de la *dignitas* (§ 79, *g*), reconociendo tambien un decreto del Senado, que la exclusion de todo *honor* pertenece esencialmente á la condicion del *infamis* (§ 78, *a*). El principio se mantiene siempre bajo los emperadores (*a*), pero muy modificado por el cambio de la Constitucion; no era como otras veces una regla precisa de derecho, obligatoria para todos los funcionarios, sino una especie de declaracion imperial; y, naturalmente, el emperador se reservaba, cuando se trataba de conferir un cargo, extender ó restringir la idea de infamia, segun las circunstancias. Por esto se explican la vaguedad é incertidumbre que se notan en una ley de Constantino (*b*), cuyas expresiones, poco conformes al rigor del antiguo derecho, eran muy apropiadas, sin embargo, al tiempo en que él vivia. La Tabla de Heracléa, confirma tambien el principio sentado, como más adelante lo demostraré.

2.° Pérdida del *suffragium*, ó lo que es igual, exclusion de todas las tríbus y relegacion entre los *œrarii* (*c*).

(*a*) L. un. C. de ínfam. (X, 57). L. 3, C. de re mil. (XII, 36). L. 8. C. de decur. (X, 31).

(*b*) L. 2, C. de dign. (XII, 1). «Neque famosis, et notatis, et quos scelus aut vitœ turpitudo inquinat, *et quos infamia* ab honestorum cœtu segregat, *dignitatis portœ potebunt*.—Burchardí observa con razon que aquí la idea vaga de una *infamia facti* se sustituye á la idea precisa de infamia, tal como la define el derecho. Pero no se ha de ver en esto un cambio sufrido en las reglas del derecho sobre infamia ni menos una interpelacion de Justiniano. Las últimas palabras del texto significan claramente: «de tales gentes no debe el emperador hacer distincion de ninguna clase.» Además, no hay aquí ningun principio que deba ó pueda dar lugar á condiciones riguresamente determinadas.

(*c*) Hé aquí algunos pormenores que justifican las palabras de que hago uso: en tanto que hubo en Roma tres clases de comicios distintos, la inscripcíon sobre las tablas de una tribu daba derecho de votar solo en los *tributa comitia*, no en otros: pero esto cambió pronto. Las curias desaparecieron, y no se conservó memoria de ellas sino en alguna vana fórmula, y las centurias, estrechamente unidas á las tribus por nuevos lazos, fueron consideradas como parte integrante suya. (V. Cicero pro Plaucio, C. 20 y otros muchos pasajes). A partir desde esta época, la inscripcion mencionada equivale al derecho de sufragio,

El segundo punto podria parecer dudoso, porque, si cuando se trata del derecho de ciudad, más ó ménos completo, concedido á las ciudades extrañas, el *suffragium* y los *honores* no se separan jamás, se concebiria que, por una institucion de derecho positivo como la infamia, la elegibilidad no se le hubiera concedido al infame y hubiera conservado el derecho de sufragio, de importancia secundaria comparado con la elegibilidad. Sin embargo, sucedia de otro modo, y hé aquí los testimonios que lo prueban. Ante todo, Ciceron, en el texto antes citado (§ 79, *b. g.)*, poniendo en paralelo el deshonor que infringen los censores y la infamia, nos presenta el primero como más fácil de ser aplicado, y al segundo como más penoso en sus efectos. Segun el mismo (Ciceron) el poder de los censores se extiende hasta relegar á un ciudadano entre los *œrarii*; pero la infamia no podria tener ménos efecto en su grado mínimo que el poder discrecional de los censores en su límite último.

Dichas diferencias resultan más aún de muchos textos referentes todos á la clase de comediantes: *tribu moventur*. Así, hablando de los *atellanes*, género de comedia tomado de los Oscos, Tito Livio y Valerio Máximo observan que á diferencia de las comedias ordinarias, los actores que las representan no son excluidos de las tribus ni se consideran incapaces de servir en las legiones (*d*). San Agustin dice en términos generales, que todos los que abrazan el oficio de comediantes son inmediatamente excluidos de las tribus por los censores (*e*). Y además, como sabemos que los come-

---

y los que, relegados entre los *œrarii*, no pertenecian á ninguna tribu, perdian al mismo tiempo el derecho de sufragio sin tener la obligacion de servir regularmente en los ejércitos de la República.—Niebuhr, t. I, p. 492-495, 4.ª ed. (521,-524, 3.ª ed*)*. Comp. t. III, p. 346-352, 383.-384.

(*d*) Livio, VII, 2. «Quod genus ludorum ab Oscis acceptum tenuit juventus, nec ab histrionibus pollui passa est. Eo institutum manet, ut actores Atellanarum, *nec tribu moveantur, et estipendia tamquam expertes artis ludierœ, faciant*.»—Valerio Maximo II, § 4. «Nam neque *tribu movetur*, neque á militum stipendiis repellitur.»

(*e*) Agustin, De civitate Dei II, 13. «Sed, sicut apud Ciceronem idem Scipio loquitur, cum artem ludieram scenamque totam probro ducerent, genus id hominum non modo *honore* civium reliquorum *carere*, sed

diantes eran infames (§ 77), todo nos hace creer que la pérdida del derecho de sufragio resultaba de su infamia; lo cual se encuentra formalmente expresado en el texto de San Agustin, porque al unir la infamia de los comediantes y su exclusion de las tribus, parece identificar ambas cosas (*f*).

Podemos ahora esplicarnos la relacion un poco oscura que existe entre la Tabla de Heraclea y las disposiciones del

---

etiam *tribu moveri notatione censoria* voluerunt. Burchardi, p. 46, piensa que segun este pasaje, son los censores los que excluyen á los comediantes de su tribu y que así la infamia no procedia de pleno derecho. Para conciliar este texto con los principios, dice que San Agustin ha podido equivocarse hablando de la censura, institucion abandonada desde hacia mucho tiempo hasta la época en que vivia. Pero los censores estaban encargados de la ejecucion de las leyes sobre la infamia (§ 79); ellos estendian las listas de las tribus y borraban el nombre de los ciudadanos hechos infames despues del último censo. Así pues, el texto de San Agustin no contradice de ninguna manera las reglas aquí expuestas; podría á lo más acusársele de haber empleado una expresion que se aplica ordinariamente al poder discrecional de los censores y que, por tanto, conviene en sí misma á la infamia propiamente dicha.

(*f*) El doble sentido de la frase *tribu movere* podría dar lugar á dudas. *Tribu movere*, significa propiamente expulsar á un ciudadano de la tribu de la cual formaba parte. Pero el ciudadano así expulsado, puede ser incluido en una tribu inferior, pasar de una tribu *rústica* á una *urbana*, ó bien ser arrojado de todas y colocado entre los *ærarii* (Niebuhr, II, 448). Si se habla del poder discrecional de los censores, *tribu movere* es tomado en el primer sentido y se distingue de *in ærarios referri*, y tal es tambien el sentido del notable texto de Tito Livio sobre esta locucion (Livio XLV, 15), texto que explicaré (§ 81, *c*).—Si se trata por el contrario de los efectos de una regla general, de la relativa á los comediantes, por ejemplo, *tribu moveri*, es evidentemente sinónima de *in ærarios referri*, porque de otro modo la omision de la tribu inferior, haría la expresion incompleta; de otra parte el cambio de tribu conviene muy bien al poder discrecional del censor; pero presentado como aplicacion de una regla general, tendría un caracter de pequeñez y sutilidad. Añado que en Tito Livio y Valerio Máximo (nota *d*), *tribu movere*, significa ciertamente arrojar de todas las tribus, porque esta medida está relacionada con el servicio militar; y la incapacidad que resulta de aquí, procede de la exclusion absoluta (nota *c*) y no de la traslacion á una tribu inferior.

edicto tocantes á la infamia. El decreto del pueblo, consignado en esta inscripcion, no dice una palabra de la infamia, pero reproduce casi absolutamente todos los casos representados como de infamia por el pretor. El decreto del pueblo prohibió á todos los que designa, llegar á ser en su ciudad *senatores*, *decuriones*, *conscripti*; reivindicar ninguno de los honores unidos á estas funciones, ni ejercer magistratura alguna que diera entrada al Senado, todo bajo la pena de una multa de 50.000 sutercios (9.375 pts.) (Linea 109, 110, 124 y 141). Se puede encontrar aquí lo mismo una confirmacion que la reputacion de mis doctrinas, porque de un lado, la Tabla de Heraclea excluye de los honores y de las dignidades á casi todos los que el edicto llama *infames*, y de otro, no les quita el derecho de sufragio. No podría objetarse que en esta época los municipios y las colonias no tenían de ordinario asambleas populares, pues esta misma ley hace mencion expresa de ellas (*g*), y, he aquí como se explica esta diferencia. La participacion en las asambleas del pueblo romano, llamada á pronunciar sobre las más graves cuestiones del imperio, era más importante que la tenida en los comicios de una ciudad cualquiera. No habia pues, inconsecuencia en excluir de los comicios de Roma todos aquellos que los romanos llamaban *infames*, y admitirles á los comicios de los municipios, rehusándoseles en estos mismos municipios, los honores y las distinciones. Por esto se aceleraba el movimiento que, bajo los emperadores, tendia á transformar las ciudades italianas en corporaciones aristocráticas (*h*); transformacion inevitable si, la extension monstruosa del derecho de ciudad á la Italia entera, debia tener algun sentido. Mirado el asunto bajo este aspecto, el solo que puede arrojar luz sobre el carácter enigmático del decreto, se encuentra una nueva confirmacion del principio de que la infamia era esencialmente de derecho público.

Si se comparan ahora los diferentes casos de infamia, tales como el edicto los presenta y los enumera la Tabla de

---

(*g*) Tab. Heracl, lin. 132, «neve quis ejus rationem *comitiis conciliare* habeto.»

(*h*) Comp. Savigny, Historia del Derecho romano en la Edad Media, t. I, § 6, 7.

Heraclea, encontramos para los principales, una concordancia perfecta y que ya hemos señalado (§ 77). Si algunas veces la Tabla de Heraclea se muestra más severa (§ 77, *e*), procede esto seguramente de que la naturaleza de las exclusiones que pronuncia, admite más rigidez. Pero admira verla en ocasiones más indulgente que el Edicto pretorio; así, no habla de la violacion del luto, ni del doble matrimonio, ni establece infamia contra el *muliebria passus* que se hace pagar (§ 77, *hh*). Despues del decreto quizá hubiera en las ideas un cambio que motivara las disposiciones del Edicto; quizá se unieran á ellas las de las leyes Julia y Papia Poppea, ó si estas eran más antiguas, quizá la Tabla de Heraclea tomase en consideracion las diferencias del derecho de familia existentes en ciertas partes de Italia, y al cual esta ley, esencialmente política, no quiso tocar. El decreto no hace mencion de la accion *vi bonorum raptorum*; pero se sabe que ésta no fué introducida, sino con ocasion de las guerras civiles (*i*), y sin duda no se quiso hablar en una ley fundamental sobre los municipios de una accion que se referia á circunstancias pasajeras.

§ LXXXI.—*Significacion jurídica de la infamia.* (Continuacion.)

Hé aquí, finalmente, los testimonios á la vez relativos á los *honores* y al *suffragium* y que confirman mi doctrina en su conjunto, porque nos presentan la infamia como una cosa capital, una *deminutio capitis*, limitada, no obstante, á los derechos políticos (§ 79).

Ciceron en su oracion pro Roscio (cap. 6) dice, hablando de las tres acciones infamantes *fiduciæ, tutelæ y societatis*, que son «summæ existimationis *et pene dicam capitis*.» En su oracion pro Quinctio, examina la cuestion de saber si su cliente ha quebrado realmente (bonorum possessio) llamando muy repetidas veces y en términos formales á este procedimiento, una *capitis causa* (cap. 8, 9, 13 y 22), lo que no puede explicarse sino por la infamia resultante de la quiebra (§ 77). El mismo (cap. 15), nos presenta la infamia como la triste condicion que procura evitar á su cliente, y de este

---

(*i*) Savigny, Zeitsch. f. gesch. Rechts wiss. t. V, p. 126-139.

modo, la identidad de la infamia y de la *capitis causa*, resulta evidente de todo el discurso citado.

Todavía existe un texto que se refiere más directamente al asunto: Tertuliano, hablando de la infamia de los comediantes, denomina su estado una *capitis minutio*, presentándolos como privados de todo género de honores y distinciones (*a*). El rescripto de Severo, citado por Modestino, el cual dice que la expulsion del Senado no es una *capitis deminutio*, concuerda con estos principios (*b*). Dichas expresiones tienen por objeto distinguir profundamente la pérdida de la dignidad senatorial de la incapacidad general unida á la infamia. Lo único que el emperador quiso decir fué que la deposicion de un senador no era infamante, y, como para manifestarlo así, se limita á afirmar que no implica la *capitis minutio*, reconoce por esto mismo la identidad de la *capitis minutio* y de la infamia.

Finalmente, esta doctrina se confirma con un pasaje notable de Tito Livio (XLV, 15), del cual hablé antes. Antiguamente, todos los manumitidos se incluian en las cuatro tribus urbanas, que eran ménos consideradas que las restan-

(*a*) Tertullianus de spectaculis, C. 22. «Quadrigarios scenicos... manifeste damnant *ignominia et capitis minutione*, arcentes curia, rostris, senatu, equite, ceterisque honoribus.» Si cada una de estas palabras se tomase en su riguroso sentido, la exclusion de los *rostris*, enumerada entre las consecuencias de la infamia, significaria evidentemente la prohibicion de comparecer en la tribuna de las arengas, es decir, de participar en las Asambleas del pueblo, y sabríamos con seguridad y de un modo directo que el infame se hacia *œrarius*.

(*b*) L. 3, de senator. (I, 9). «Senatorum remotum senatu *capite non minui*, sed morari Romæ, D. Severus et Antoninus permiserunt.» En este caso no procedia la infamia, lo cual prueba principalmente la adicion de *sed morari Romœ*; la cual puede parecer singular, porque la *capitis deminutio*, una vez realizada, no impedia residir en Roma. Estas palabras hacen referencia á que los soldados castigados afrentosamente, á los cuales se les consideraba infames, no podian habitar en Roma ni en ninguna residencia imperial. (L. 2, § 4, de his qui not; L. 3. C. de re milit.) Lo que el rescripto, pues, quiso decir fué que no se engañaran por una falsa analogía, y creyeran que el senador expulsado fuere, como el soldado á quien se le imponia el referido castigo, declarado infame y obligado á dejar la ciudad.

tes; pero sometida unas veces esta regla á excepciones legales y otras abusivamente violada, los manumitidos se encontraron dispersos entre todas las tríbus. Para reprimir en definitiva este desórden, el censor Graco resolvió expulsarles de todas, ó lo que es lo mismo, reducirlos á la condicion de *ærarii*, ó quitarles el derecho de sufragio; pero su colega Claudio se opuso á esta medida que miraba como violenta é ilegal.

Por último, los dos censores acordaron, sin quitar á los manumitidos el derecho de sufragio, relegarlos á las cuatro tríbus urbanas, ó mejor á una sola, que seria designada por la suerte. Claudio, en la oracion en la cual combate la exclusion completa de los manumitidos, se expresa en estos términos: «negabat... *suffragii lationem* injussu populi censorem cuiquam homini, nedum ordini universo, adimere posse. Neque enim, si tribu movere posset, quod si nihil aliud, quam mutare jubere tribum ideo *omnibus* XXXV *tribubus emovere posse, id est civitatem libertatemque eripere* (c).» Dice aquí formalmente que la pérdida del derecho de sufragio ó la exclusion de todas las tríbus, entrañaba la pérdida del derecho de ciudad en cuanto á los derechos políticos solo y de ningun modo por lo que hace á los del órden civil. Si se procurara ahora establecer por los testimonios citados (§ 30), que el infame era excluido de todas las tríbus, se vé por la

---

(c) La traslacion á una tríbu inferior y la exclusion de todas las tríbus se ven aquí con más claridad que en parte alguna. *Tribu movere*, no se aplica sino al cambio de tribu, y, como se trata del poder arbitrario de los censores, vemos confirmado lo ya dicho (§ 80, *t*) sobre el empleo de esta frase. Tambien se lee en el mismo capítulo de Tito Livio, refiriéndose á los censores: «Plures quam a superioribus et senatu emoti sunt, et quos vendere jussi. Omnes idem ab utroque *et tribu remoti et ærarii facti.*» Aquí, pues, se encuentra la misma distincion que en Ciceron (§ 79, *b*).—Si Claudio en su oracion niega á los censores el derecho de expulsar á un ciudadano de todas las tríbus y reducirle á la condicion de *ærarius*, Tito Livio le dá lugar á una completa controversia, porque los censores tenian incontestablemente este derecho; y citaré como prueba, no solo el testimonio de Ciceron (§ 79, *b*), sino la conducta del mismo Claudio, á quien Tito Livio lo presenta incluyendo entre los *ærarii*, de acuerdo con su colega, los senadores y caballeros expulsados de todas las tríbus.

oracion de Claudio que incurria en la pérdida de sus derechos políticos, y, por consecuencia, en una *capitis deminutio*.

Bajo los emperadores, el goce de los derechos políticos perdió toda su importancia, ejerciendo además influencia este cambio en las ideas y el lenguaje de los jurisconsultos. Desde entonces las expresiones *capitis deminutio* y *capitis causa*, no se aplicaron á los casos de simple infamia, sino á los de pérdida completa del derecho de ciudad; y por esto en las fuentes del derecho, la *capitis deminutio* se refiere exclusivamente á la capacidad del derecho privado (Apéndice VI, núm. XIII). Un pasaje notable de Modestino atestigua esta modificacion del lenguaje L. 103, de V. S. (L. 16.) «Licet *capitalis* latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio *capitalis*, mortis vel amissionis civitatis intelligenda est.» Es decir, en el lenguaje actual de los jurisconsultos y de las leyes imperiales, la muerte y la pérdida del derecho de ciudad son las únicas penas capitales; sin embargo, entre los autores clásicos (latine loquentibus), la infamia es incluida tambien entre las penas capitales (*d*). El aserto general de Modestino se encuentra confirmado por las aplicaciones particulares de un gran número de textos (*e*).

(*d*) Así Modestino distingue una fraseología antigua y otra nueva: una general y otra jurídica, porque ella fué creada por los jurisconsultos. Marezoll p. 112 y 143 se engaña cuando explica el *latine loquentibus* por el lenguaje ordinario de la vida, y no vé en los textos de Ciceron, antes citados, más que una exageracion oratoria. Si no conociéramos más que la oracion pro Roscio en el pasaje precedente, esta opinion seria probable; pero no se la puede sostener en vista de la oracion pro Quinctio, en donde la frase *latine loquentes* tan repetida está como si se tratara de una expresion conocida por todos.

(*e*) § 2, J. de publ. jud. (IV, 18). «Capitalia dicimus quæ ultimo supplicio afficiumt, vel aquæ aut ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cetera *si quam infamiam irrogant* cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, *non tamen capitalia*.» § 5, I. de cap. dem. (I, 16). L. 28, pr. § 1; L. 2 pro de publ. jud. (XLVIII, 19). L. 14, § 3 de bon. lib. (XXXVIII, 2). L. 6, c. ex quibus caus. inf, (acerca de este último texto, véase el apéndice VI n.° V).—El rescripto de Severo (nota *b*) parece consignar una excepcion, pero no debemos sorprendernos de encontrar cierta incertidumbre en un cambio de lenguaje que

§ LXXXII.—*Consecuencias secundarias de la infamia.*

Hemos visto que la infamia pertenece esencialmente al derecho público; sin embargo, ejerce sobre el derecho privado influencias diversas, que paso á enumerar.

1.° La primera, de la cual me he ocupado ya (§ 78), se refiere á la capacidad para pedir en juicio. El infame no puede entablar una peticion ante el pretor, sino para sí mismo ó para ciertas personas colocadas en una situacion excepcional (§ 78, *k*): en principio, no podia postular por otro.

Resulta de aquí, que salvo los casos exceptuados más arriba, el infame no puede ser *cognitor* (*a*) ni procurador, porque las incapacidades personales son las mismas para una y otra cualidad (*b*).

Sucedía además, y este punto es de verdadera importancia, que el infame no podia nunca llegar á ser cesionario de

---

sin duda se ha verificado gradualmente; de otra parte, el rescripto se sirve de la antígua fraseología por vía de negacion, es decir, de una manera indirecta y no para establecer una disposicion original y positiva.

(*a*) Fragm. Vaticano, § 324. «Ob turpitudinem et famositatem prohibentur quiden (ms. *quidam) cognituram suscipere* adsertionem non, nisi suspecti prætori.» Paulo I, 2. § I. «Omnes infames, qui postulare prohibentur, *cognitores fieri non possunt*, etiam volentibus adversariis.» En favor de la interpretacion del manuscrito *quidam*, se podría decir que esta palabra, expresa una clase de personas exceptuadas; pero aquí se trata de una ley general y la frase *quidam* está suficientemente justificada por la oposicion entre la *adsertio* y la *cognitura*, y como el jurisconsulto había tenido presente esta oposicion, pasa la excepcion en silencio. Este principio del antíguo derecho, ha sufrido una singular metamórfosis en el decreto de Graciano, c. I, C. 3, q. 7. «Infamis persona nec procurator esse potest nec cognitor.» Esta regla es atribuida á una Romana synodus que seguramente la había tomado del Breviarium. Dicha redaccion, que no se encuentra en el texto de Paulo ni en la *interpretatio* que poseemos, pertenece á una recomposicion posterior (Savigny. «Histoire du doit romain au moyen age,» t. II, § 20).

(*b*) Fragm. Vatic. § 322, 323.

una accion (c); porque para llevar á cabo la excepcion hubiera necesitado se le nombrase *cognitor* ó *procurator* (d).

Esta consecuencia de la infamia, desapareció desde que se hubo comenzado á efectuar la cesion, sin nombrar *cognitor* ó procurator, por medio de *útiles actiones*, y al cesionario, obrando en su propio interés, lo cual se le permitía siempre al infame, y no figurando como *procurator*, no se le podía oponer la letra del edicto (e).

Finalmente, el infame era incapaz para ejercitar una accion exclusivamente popular, porque la multa impuesta al acusador, tenía el solo objeto de garantizar el interés público y obraba entónces como *procurator* del Estado (f). Si el acusador representaba, además, un interés privado, la accion adquiría entónces un carácter mixto y no se le rehusaba al infame (g).

Estas medidas eran tomadas en consideracion á la dignidad del pretor, ante cuya presencia no se quería aparecieran hombres deshonrados sin necesidad y arbitrariamente, y por esta razon dice Paulo en términos esplícitos que el consenti-

---

(c) Paulo, I, 2, § 3. «*In rem suam* cognitor procuratorve ille fieri non potest, *qui pro omnibus postulat.*» Por tanto están excluidos todos los que se comprenden en el segundo y tercero edicto de postulando, y así vemos que la *interpretatio* aplica con razon esta regla á la exclusion de los infames. El texto podría, segun dichos términos, entenderse tambien de la exclusion de las mujeres, si no se leyese en el párrafo segundo que precede inmediatamente: Feminæ in rem suam *cognitoriam* «operam suscipere non prohibentur.» Las mujeres, pues, no pueden ejercitar la *procuratoriam*.

(d) Gayo, II. § 39. L. 24, pro. de minor. (IV, 4). L. 3. § 5 de in rem verso (XV, 3).

(e) L. 9. C. de her. vel act. vend. (IV. 39). «*Utiliter* eam movere *suo nomine* conceditur.» Suo nomine, es decir, que no se le pueden oponer las restricciones especiales relativas á los procuradores. Con respecto al demandado, la accion es siempre la del cedente, y por tanto está sometida á las mismas excepciones que antes de la cesion.

(f) L. 4, de pop. act. (XLVII, 23). «Popularis actio integræ personæ permittitur: hoc est, cui per edictum postulare licet.» Las mujeres tambien estaban excluidas. L. 6 cod.—Véase sobre acciones. § 73, II.

(g) Este principio no se consigna expresamente sino para las mujeres.—L. 6 de pop. act. (XLVII, 23), pero se aplicaba, sin duda alguna, á los infames.

miento del demandado no habría tenido aquí efecto alguno (nota *a*). Pero este no debia ser obligado á aceptar como contrario un *cognitor* ó un *procurator* infamado, y como sancion de este derecho, tenía una *procuratoria exceptio*, que el pretor no hubiera, seguramente, podido negarle por condescendencia hacia el infame. Justiniano abolió esta excepcion, de otra parte, caida ya en desuso (*h*); pero es preciso no creer que los infames habrían podido libremente postular, lo cual estaría en abierta contradiccion con las disposiciones del Digesto; sucediendo únicamente que el pretor podía rechazar de oficio, sin que su adversario tuviese una excepcion á este efecto ó le fuera dado servirse de ella como de un medio dilatorio.

La misma ley de Justiniano (nota *h*), es la que nos enseña que una parecida excepcion prohibia al infame nombrarse un *procurator*, excepcion que el mismo emperador abolió tambien. Se pensaba probablemente que sería más fácil al demandado rechazar las pretensiones del demandante infame si éste compareciera en persona: la dignidad del magistrado no estaba interesada en la cuestion, ni podía tampoco como en el caso precedente repeler de oficio al *procurator* nombrado por el infame. El principio que habia dado lugar á esta segunda *procuratoria exceptio*, debía desaparecer con la excepcion misma, y hé aquí la razon de por qué las otras partes del derecho Justinianéo, no nos ofrecen rastro alguno de ella. En el antiguo derecho, esta incapacidad tenía una

---

(*h*) § II. J. de except. (IV, 13. «Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam, *vel dantis*, *vel ipsius procuratoris*, opponebantur: cum in judiciis frecuentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus: nedum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.—Marezoll p. 215-217 expone muy bien el motivo y los efectos de esta innovacion, si bien dá á las palabras *nullo modo* una interpretacion formada. Hé aquí su sentido natural: «estas *excepciones* se presentan muy rara vez, lo que prueba no son necesarias en la práctica: y las vemos abolidas á no ser para utilizarlas como un medio dilatorio.» *Frequentari nullo modo*: expresa la aplicacion poco frecente de un principio, lo que difiere mucho de su abolicion por el desuso, error al cual nos puede fácilmente conducir el texto de Teófilo.

grande importancia, porque impedía al infame enajenar sus créditos, y de aquí se creyera conveniente emplear la forma de una cesion, es decir, el nombramiento de un *procurator* ó un *cognitor*.

2.° La restriccion de la capacidad del matrimonio es el segundo efecto de la infamia en el dominio del derecho privado. Extraña al antiguo derecho, la ley Julia asentó al principio, y la interpretacion de los jurisconsultos vino á confirmarlo (*i*): hé aquí la historia de su desarrollo. La ley Julia prohibió á los senadores y sus descendientes, sin distincion de sexos, el matrimonio con los manumitidos y con algunas personas deshonrosas, designadas especialmente; y además que los hombres libres contrajeran matrimonio con algunas mujeres de mala nota que designa igualmente, debiendo tener presente que la enumeracion de ellas no es idéntica en ambos casos.

Los jurisconsultos hicieron sufrir á estos principios una doble modificacion, extendiendo los casos de deshonor de una clase á otra; despues refirieron los casos diferentes al principio general de la infamia, y asentaron como regla que el matrimonio estaba prohibido para los senadores y los hombres libres con toda persona declarada infame por el Edicto; siendo esta la primera vez que se extendió á las mujeres, ensanchando el círculo de la infamia, por añadir el pretor en el Edicto los nuevos casos.

La prohibicion de la ley Julia no tenia por objeto llevar la nulidad á dichos matrimonios, sino desposeerlos de sus privilegios, ó, en otros términos, dejar subsistentes las penas impuestas contra el celibato. Un decreto dado bajo Marco Aurelio, es verdad que pronunció la nulidad de los matrimonios, pero solo para los senadores, y tambien de los celebrados con manumitidos ó con ciertas personas que ejercian profesiones deshonrosas, los comediantes, por ejemplo. Mas este principio no se aplicó nunca á los infames todos sin excepcion.

(*i*) La exposicion completa de los principios, apoyada en el testimonio de las fuentes, se encuentra en el apéndice VII, dando aquí solo un breve resúmen de ellos.

Las prescripciones de la ley Julia cayeron por sí mismas cuando las leyes de los emperadores cristianos hubieron abolido las penas del celibato, y Justiniano abrogó el decreto relativo al matrimonio de los senadores. La infamia dejó desde entonces de ser aplicable á las mujeres, y por esto los redactores del Digesto, al insertar el edicto sobre los infames, omitieron todas las adiciones referentes á aquellas.

Los efectos secundarios de la infamia, tomada en su sentido jurídico, son los únicos que le pertenecen realmente, por más que los jurisconsultos modernos incluyan otros muchos sin razon ni motivo alguno.

Segun ellos, los infames son incapaces de figurar como testigos, sea en un acto cualquiera jurídico, sea en los actos solemnes (*k*); pero el derecho romano nunca ha afirmado este principio general. Segun las antiguas leyes, los condenados por ciertos crímenes, eran expresamente declarados incapaces de deponer como testigos; una novela de Justiniano mandó no se admitieran como tales sino personas de distincion recomendables por sus condiciones de reputacion y posicion social (*l*); pero se vé que esta regla, cuya ejecucion de otra parte era imposible, no tiene nada de comun con la infamia jurídica; pues su carácter es aún más vago que el de la *infamia facti* (*m*) (§ 78).

Debemos, pues, deducir de aquí que en el derecho moderno no existe para el infame incapacidad absoluta para ser testigo en justicia ó asistir á los actos solemnes. En cuanto al grado de confianza que han de merecer las disposiciones de un infame, es cuestion abandonada á la apreciacion del juez, y fuera de todo punto de los principios rigurosos de la infamia jurídica.

Lo mismo ha de decirse de la pretendida aplicacion de la infamia á la *querela inofficiosi*. Los hermanos de uno y otro sexo excluidos por testamento, no pueden, se dice, interpo-

---

(*k*) La opinion es muy comun: véanse entre otros, Linde, Lehrbuch des Civilprozesses § 258 (4.ª ed.)

(*l*) Nov. 90.

(*m*) La cuestion se halla tratada en Burchardi, § 6, y en Marezoll, p. 220-227.

ner este recurso, á no ser que el heredero instituido sea un infame. Pero estas no son las disposiciones de la ley, la cual afirma que la queja es admisible si la eleccion del heredero instituido es ofensiva para los hermanos; y cita como ejemplo los infames, las personas cuya reputacion ha sufrido menoscabo ó es solo sospechosa y los manumitidos, á no ser que hubieron prestado grandes servicios al testador (*n*). Todavía se refiere en este punto la ley á la prudencia del juez que tiene en cuenta las condiciones rigurosamente determinadas de la infamia.

§ LXXXIII.—*Aplicacion actual de la doctrina de la infamia.*

Veamos cuáles son ahora, con relacion al derecho moderno, las consecuencias de los principios que se acaban de establecer; y, ante todo, nos vemos obligados á preguntar: ¿cuáles son los caractéres de la infamia en la legislacion Justinianéa? Se reducen á la restriccion de la capacidad de los infames para postular por otro, y aun la aplicacion del principio se abandona á la prudencia del magistrado; no es ya un derecho personal de la parte contraria (§ 82). Desde hacia mucho tiempo la infamia habia perdido su significacion política; pues si bien los infames eran siempre excluidos de los honores, la exclusion era á su vez en realidad muy diferente de la establecida por el primitivo derecho, del que solo la letra y la apariencia restaban (§ 80): las restricciones tocantes á la capacidad para el matrimonio habian igualmente desaparecido (§ 23).

Mas la infamia, aun así limitada, no es una institucion que haya pasado al derecho moderno de Europa, porque atañe á la organizacion judicial de los romanos, entrando por consecuencia en el derecho público. En la organizacion judicial actual, nadie puede hacerse representar en juicio,

---

(*n*) L. 27. C. de inoff. test. (III, 28). «Si scripti heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ, macula adspergantur; vel liberti qui perperam et non bene morentes.,. instituti sunt.» Esta constitucion tiene por base dos textos del Código Teodosiano, L. 1, 3, C. Th. de inoff. (II, 19). Véase sobre esta cuestion á Marezoll, p. 246, cuyas opiniones difieren en parte de las mias.

sino por un procurador ó por un abogado, cuyas funciones, ora se ejercen separadas, ora reunidas, en la mayoría de los casos al ménos. Segun las leyes de los diferentes países, los procuradores y los abogados están instituidos por la autoridad pública, ó sus funciones son enteramente privadas: en el primer caso, es una materia que entra en el derecho público, y que desde este momento, siguiendo los verdaderos principios, queda desde luego fuera del derecho romano é independiente de él; y por lo que hace á la incapacidad de los infames de ser nombrados para las funciones de procurador, recuerdo lo dicho anteriormente sobre incapacidades para ejercer ningun cargo público. En el segundo la aplicacion del derecho romano no seria imposible, y entonces (así es como muchos lo interpretan) se prohibiria á los infames redactar actos de procedimiento en interés de un tercero; porque en la actualidad los abogados privados no tienen otras funciones. Pero esta aplicacion, aun así restringida, seria conforme á lo más con la letra del derecho romano y no con su espíritu: lo que los romanos hallaban injurioso para la dignidad del pretor era la comparecencia del infame, arbitraria y no motivada por un interés personal ante el magistrado; porque el carácter del redactor de un acto del procedimiento, con frecuencia desconocido, no ofenderia la dignidad del pretor. Se dirá que el infame puede ser sospechoso de falsear el sentido de las leyes, mas esto es entrar en otro órden de ideas: si al magistrado incumbe vigilar sobre los que redactan escritos procesales, él debe entónces exigirles garantías, tanto morales como de capacidad, y sobre todo un cierto conocimiento del derecho. No se trata ya de los caractéres positivos de la infamia, sino de la apreciacion del mérito personal de un individuo determinado.

Los autores modernos, sin hacer una deduccion rigurosa de los principios que acabo de exponer y sin darse cuenta exacta de ellos, han recibido, no obstante, su influencia, sin que sea dado explicar de otro modo la divergencia increible de opiniones sobre la aplicacion más ó ménos ámplia de los principios del Derecho romano en esta materia (*a*): Pero en

---

(*a*) Comp. Marezoll, p. 346, 349.

medio de tanta divergencia, existen puntos de conformidad sobre los cuales no discrepan en nada la mayoría de los autores caracterizados (*b*), y así, el modo con que en general se limitan las prescripciones del Derecho romano, da resultados casi análogos á los que yo mantengo. En efecto, se excluian desde luego todos los casos en los cuales la infamia tenia lugar sin la intervencion de la autoridad judicial (inmediata), y despues, para los de la llamada *mediata*, todos los juicios remitidos sobre delitos privados, ó relativos á los contratos. La infamia jurídica (no hablo de la *infamia facti*) no resultaria por tanto sino de las condenaciones criminales, salvo la cuestion de saber si se debe exceptuar los *extraordinaria crimina* (§ 77, *e*), lo cual está de acuerdo con el Derecho criminal actual. La Carolina castiga expresamente á los perjuros y á los que ejercen el lenocinium en las personas de sus mujeres é hijos (*c*). Otras leyes del imperio establecian la infamia como consecuencia de la injuria (*d*), ó la consignaban como una pena nueva contra ciertos delitos (*e*).

Así limitada la infamia en Derecho moderno, tendria todavía los efectos siguientes: 1.° Incapacidad para ejercer funciones honoríficas ni cargos municipales; 2.°, Incapacidad para hacerse abogado, procurador ó notario; 3.°, Incapacidad para ingresar en las corporaciones ó colegios de la vecindad (consejos del municipio?); y 4.°, Todos los efectos que el Derecho romano une á la infamia en la esfera del Derecho privado, principalmente á la *querela inofficiosi*.

Ya he expuesto mi opinion sobre la mayor parte de estos diferentes puntos, y por ejemplo, sobre la *querela inofficiosi*: en las leyes imperiales hay una disposicion formal que escluye los infames del notariado (*f*).

(*b*) Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 87, 88, 4.ª, ad.

(*c*) C. C. C. arts. 107, 122.

(*d*) Decisiones imperiales de 1658, 1670. Sammlung des Reichsabschiede; T. IV, p. 57 y 72.

(*e*) Es aplicada al notario que admite una cesion hecha por un judío á un cristiano. R. A. 1551, § 80, á los obreros insubordinados, 1731. Sammlung der Reichsabschiede, T. IV, p. 379.

(*f*) La ordenanza sobre el notariado de 1512, § 2, prohibe á los «*infames....*» las funciones del notariado, y en fin, «á todos los que no son admitidos á deponer en juicio.» Esta disposicion descansa evidente-

Véase, pues, que bajo el punto de vista puramente práctico el campo de la discusion está muy limitado, y que la doctrina de los autores modernos de más nota, rechaza las aplicaciones principales de la infamia romana. Sin embargo, dados los motivos explicados antes, no podríamos aceptar una aplicacion tan restringida; paso á exponer la parte é influencia que, en mi sentir, tiene el Derecho romano en esta materia.

Desde los siglos medios, ciertas reglas sobre el honor y el deshonor hánse formado en muchos países de Alemania bajo el influjo de las ideas germánicas, las cuales participan de la naturaleza jurídica de las verdaderas instituciones, sobre todo, en lo que toca á la admision en las diferentes corporaciones, siendo confirmadas luego sea por leyes positivas, sea por la costumbre, sea por los estatutos de dichas corporaciones. Los jurisconsultos han prestado frecuentemente su concurso al establecimiento de estas reglas, y las prescripciones del Derecho romano, mejor ó peor comprendidas, mostraron aquí su influencia siempre.

Sin negarla, indirectamente al ménos, preciso es reconocer que ha tendido al menosprecio, ya señalado, sobre la naturaleza verdadera de la infamia, y que nunca tuvo gran importancia. En él es preciso reconocer las leyes imperiales que, en ciertos casos, pronuncian la infamia, ó la miran como ocurrida (§ 8 83, *c*, *d*, *e*, *f*,) no pudiendo desde este momento invocar dichas leyes contra mi opinion, para probar que la infamia romana formaba parte del Derecho comun. En los diferentes lugares en que nuestro Derecho criminal decreta la infamia, bien como pena, bien como su consecuencia, no puede admitirse tenga en derecho los efectos determinados que se le atribuyen de ordinario; pero estoy lejos de negar la realidad y la eficacia de su accion penal. Por esto, cuando la infamia se declara por el juez ó aparece como resultado natural de una pena, su efecto inmediato sobre la opinion pública es un mal muy real, áun cuando no se la pueda asignar efecto jurídico alguno (*g*).

---

mente en la opinion errónea de muchos jurisconsultos de que segun el Derecho romano no pueden los infames figurar como testigos.

(*g*) Muchos casos de la infamia llamada *infamia inmediata*, se prestan bastante á la crítica; el de los *bina sponsalia*, por ejemplo, ó

§ LXXXIV.—*Restriccion de la capacidad de derecho por causas de religion.*

Desde el establecimiento del Cristianismo el principio de que ciertas diferencias de religion debieran entrañar una disminucion de la capacidad jurídica, fué poco á poco introduciéndose en el Derecho romano.

I. *Pagani*: los sectarios de la antigua religion que por tan largo tiempo hubieron de perseguir á los cristianos, fueron, segun las épocas, tratados con más ó ménos rigor y áun á veces sometidos á las leyes penales más crueles. Leyes semejantes no podian tener por objeto la capacidad restringida, porque esta supone un estado de tolerancia incompatible con medidas de proscripcion; alguna vez fueron protegidos por las leyes contra las determinaciones violentas y arbitrarias de los particulares (*a*).

II. *Judœi*: en principio, los judíos tenian los mismos derechos que los cristianos (*b*), solo que el matrimonio entre unos y otros estaba prohibido en absoluto y se le sometia á las leyes del adulterio (*c*). Esta ley, esencialmente positiva, no debe ser mirada como consecuencia de la denegacion del connubium establecida contra los extranjeros, porque la ausencia del connubium no tenia el valor de una prohibicion ni daba lugar á ninguna pena; además de que, por otra parte, los judíos habian obtenido en todo tiempo, individualmente, el derecho de ciudad, y la ley de Caracalla, que confirió el derecho de ciudad á todos los súbditos del imperio, debió aprovechar á los judíos y sus descendientes.

III. *Hœretici*: los cristianos declarados herejes por un

---

esponsales hechos sin romper los primitivamente contraidos; el matrimonio del tutor ó de su hijo con la pupila antes del plazo legal (§ 77, *o*). Aquí el olvido de ciertas formalidades puede ser en el fondo inocente por completo; además, el legislador debe en todo asunto evitar las apariencias de contradiccion con la opinion pública.

(*a*) L. 6, C. de paganis, (I, 11).
(*b*) L. 8, C. de Judæis, (I, 9).
(*c*) L. 6, C. de Judæis, (I, 9).

concilio incurrian en penas muy severas en ocasiones, aplicadas ya sobre los entonces existentes y que dominaban, como los maniqueos y donatistas, por ejemplo, ya contra todos en general: entre dichas penas figuraban muchas restricciones de la capacidad. De ordinario se les declaraba incapaces de recibir una herencia y de testar, y algunas veces se les prohibia la donacion, la venta, todos los contratos, las acciones y toda clase, en fin, de actos jurídicos (*d*).

IV. *Apostatæ*: se dieron leyes especiales contra los que, abandonando la doctrina ortodoxa de la Iglesia, se entregaban á una de las tres clases de errores de que he hecho mencion; aplicándose estas leyes ya á una clase sola ya á muchas, ó á todas, de suerte que la palabra *apòstata* recibia segun los casos, diversa significacion: de igual modo que la heregía, la apostasía daba lugar frecuentemente á restricciones de la capacidad, y, sobre todo, á la interdiccion del derecho de heredar y de testar (*e*).

De todas éstas, el derecho romano actual y especialmente el derecho comun de Alemania, no han conservado sino una sola: la prohibicion del matrimonio entre judíos y cristianos. El paganismo y la heregía, tales como los entendieron los emperadores romanos, y, por consecuencia, la apostasía relativa á esta especie de creencia no existen y hay, pues, una completa imposibilidad de castigarla. Es evidente que abrazando el judaismo un cristiano, puede apostatar; pero no lo es ménos que se engañaria torpemente el jurisconsulto que quisiera aplicar á este hecho las disposiciones del Derecho romano.

Despues de la reforma, nuevas divisiones religiosas agitaron á Europa, y sus diversos partidos fueron todos sucesivamente objeto de rigores y exclusiones parecidas á las consignadas en las leyes romanas; pero en Alemania se estableció desde luego cierto equilibrio, garantido por reglas y por una legislacion invariable; consiguiéndose la igualdad entre

---

(*d*) L. 4: L. 19, pr.; L. 22, C. de hæret. (I, 5). Auth. *Item*, et Auth. Friderici *Credentes*. C. eod.—L. 7, 17, 18, 25, 40, 49, 58. C. Th. de hæret (XVI, 5).

(*e*) L. 2, 3, 4. C. de apost. (1, 7). L. 1, 2, 4, 7. C. Th. de apost. (XVI, 7).

las tres grandes comuniones religiosas segun el derecho comun; igualdad que no era reconocida por las leyes de muchos países de idéntico modo, encontrándose sancionada esta divergencia en el tratado de Westphalia.

El acta de confederacion de 1815 cambió el estado del asunto, estableciendo en todos los países de la confederacion la igualdad civil y política para todos los miembros de las comuniones cristianas, y esto, en términos tan absolutos, que las legislaci nes particulares no pueden modificarlos (*f*): la misma acta consigna que se legislará despues sobre el estado civil de los judíos.

§. LXXXV.—*Personas jurídicas.—Definicion.*

Digest. III, 4. Quod, cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur.

Rigest. XLVII, 22. De collegiis et corporibus.

Autores que han tratado históricamente el asunto: (Wassener, ad tít. D. de coll. et corp. L. B. 1710 (Fellenberg. Jurisprudencia ant. I, p. 397—443); (Dirksen, Zustand der jurístíschen Personen nach R. R. (Abhandlungen, t. II, Berlin, 1820, p. I, 143).

Autores que han escrito sobre la práctica: (Zachariæ, liber quæstionum, Viteb., 1805, 8, qu. 10. De juri universitatis; Thibaut, Civilistische Abhandlungen, Heidelberg, 1814, n, 18, Uber die rechtlichen Grundsætze bey Vertheilung der Gemeindesachen, C. Thibaut, Pandectenrecht, § 129, 131, 8.ª, cel.; (J. L. Gaudliz s. Haubold. De finibus inter jus singulorum et universitatis regundis. Lips, 1804; en Hauboldi Opusc. t. II, Lips., 1829, p. 546, 620, p. LXIII, LXXIX (*a*); (Lotz; civilistische Abhandlugen, Coburgund, Leipzig. 1820, número IV, p. 109, 134; (Kori, von Gemeinheits-Beschlüssen, und

(*f*) Tratado de confederacion, art. 16. «Las diferencias existentes entre las diversas comuniones cristianas, no pueden entrañar ninguna desigualdad en cuanto al goce de los derechos civiles y políticos en los Estados y dependencias de la confederacion.»

(*a*) Esta disertacion se cita de ordinario bajo el nombre de Gaudliz: yo le pongo el de Haubold, porque es obra de ambos. Comp. Opusc. t. I, p. 15.

von Psedo-Gemeinheitssachen; en Langenn und Kori, Erórterungen praktischer Rechtsfragen, t. II. Dresden und Leipzig, 1830, n. 1, 2, p. I, 39.

He tratado de la capacidad jurídica por lo que toca al indivíduo, y ahora la voy á considerar en relacion con otros séres ficticios, á los cuales se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos, que nos aparecen al lado del indivíduo como sujetos de las relaciones de derecho. Pero para precisar convenientemente esta idea, importa trazar los límites del dominio en donde se desarrolla la capacidad de las personas jurídicas: el olvido de esta determinacion ha dado lugar á numerosos errores.

Y como no tratamos aquí más que del derecho privado, solo á sus relaciones es á las que se aplica la capacidad artificial de la persona jurídica. Frecuentemente en el dominio del derecho público ciertas funciones no pueden desempeñarse sino por una asamblea ó unidad colectiva; pero considerar una parecida unidad, por ejemplo, los colegios de jueces, como personas jusídicas, seria confundir las ideas, pues el carácter esencial de la institucion, la capacidad de poseer, falta á la mayor parte de estos colegios, bien que algunos, independientemente de sus funciones judiciales, pudieran haber adquirido el carácter de personas jurídicas: es igualmente un error considerar como persona jurídica la sucesion no interrumpida de soberanos en una monarquía hereditaria (*b*). Estos poderes colectivos del derecho público debian ser famíliares á los romanos que tuvieron durante muchos siglos una forma de gobierno republicana, en cuyo sentido hablaban de un colegio de cónsules ó de tribunos del pueblo (*c*); así dicen que los decemviros de una ciudad constituyen una unidad y que su cargo es constantemente ejercido por una sola persona (*d*). Por esto tambien, aun cuando todos los *judices* nombrados en un negocio fueran sucesivamente reemplazados por otros, el *judicium* no cambiaria por ello (*e*).

(*b*) Hasse, Archiv., t. V, p. 67.

(*c*) Livio X, 22,24. Ciceron, in Verrem, II, 100, Pro domo, 47.

(*d*) L. 25, ad munic. (L. I.) «Magistratus municipales, cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem ustinent.»

(*e*) L. 76, de judic. (V, I).—Aun la misma novela, 134, C. 6., con-

pero no aplicaban estos principios y frases sino al derecho público ó al procedimiento, distinguiéndole profundamente del derecho privado sobre las personas jurídicas, distincion conforme con la naturaleza de las cosas y que los autores modernos no han observado bien. Las clases, las centurias y las tribus, eran tambien importantes unidades políticas; pero no parece hayan figurado nunca como personas jurídicas, es decir, como hábiles para poseer una propiedad comun (f).

Un segundo punto no menos esencial es que la persona jurídica no afecte sino al derecho de bienes y por tanto la familia se encuentra excluida. En efecto, todas las relaciones de familia proceden originariamente del hombre natural, y sus trasformaciones jurídicas tienen un carácter relativo y secundario, (§ 53, 54) y de este modo, no se les deberia aplicar á otro sujeto que el hombre. Los bienes, por el contrario, son por su naturaleza una extension de poder (§ 53), un medio de garantía y de desenvolvimiento para la actividad libre, relacion que puede afectar á la persona jurídica como al indivíduo y los fines para que ha sido creada la persona jurídica merecen atenderse por los mismos medios que los del indivíduo. En cuanto á las extensiones artificiales de la familia, son de dos especies (§ 55 y 57): las unas están destinadas á fijar y garantir ciertas condiciones inherentes á la naturaleza del hombre, y desde que esto es así, son inaplicables á las personas jurídicas; las otras tienen por objeto el derecho de bienes, y pueden extenderse á las personas jurídicas como el derecho de bienes mismo. Las relaciones de derecho que mantienen las personas jurídicas, son: la propiedad y los *jura in re*, las obligaciones, las sucesiones como medio de

---

signa que el rescripto dirigido á un funcionario de las provincias debe ser igualmente observado por su sucesor.

(f) Sin embargo, me costaria gran trabajo decidirme sobre esto. Suetonio Aug., 101, refiere que Augusto dejó en su testamento 7.500.000 francos al pueblo, 18.751 francos á cada tribu. «Legavit populo rom., quadrigénties, tribubus tricies quinquies. HS.» (es decir, otros tantos 100.000 sestercios.) Este texto puede tambien entenderse así: Augusto dejó 7.800.000 francos al tesoro público; 18.750 debian dividirse entre los ciudadanos de cada tribu. Comp. Averanio, II, 19.

adquirir el poder sobre los esclavos, el patronato, y, en los últimos tiempos del derecho romano, el colonato. De otro lado, el matrimonio, el poder paterno, el parentesco, la *manus*, la *mancipis causa* y la tutela, no pueden pertenecer á las personas jurídicas, lo cual nos llevaria á definirlas como un sujeto de bienes creado artificialmente.

Ahora bien; restringiendo tambien en el dominio del derecho privado y principalmente en el de bienes la capacidad de las personas jurídicas, no pretendo decir que realmente esta capacidad sea su único y exclusivo carácter; tiene por el contrario fines especiales, frecuentemente bien superiores á la capacidad de los bienes, la cual suele no ser otra cosa que un instrumento (*g*); pero para nosotros las personas jurídicas no son sino sujetos capaces de poseer, porque todos sus restantes caractéres están fuera del derecho privado.

Empleo la palabra persona jurídica en oposicion á persona natural, es decir, al indivíduo, para indicar que los primeros no existen como personas, sino para el cumplimiento de un fin jurídico, y que si bien otras veces se ha empleado la frase de persona moral, yo la rechazo por dos motivos: primero, porque no atiende á la esencia del sujeto que nada tiene de comun con las relaciones morales, y segundo, porque aplicada á los indivíduos designa de ordinario la oposicion entre la moralidad y la inmoralidad, lo que nos llevaría á un género de ideas enteramente distinto del presente.

Los romanos no tienen ningun término general aplicable á todas las especies de personas jurídicas; para designarlas, en general, se limitan á decir que representan una persona (*h*), ó lo que es lo mismo, que son personas ficticias.

(*g*) Para las ciudades, por ejemplo, la reunion de sus caractéres políticos y administrativos es más importante que su carácter privado, es decir, su cualidad de personas jurídicas. Los títulos del Digesto que tratan de las ciudades consideradas como cuerpos políticos y administrativos, son liv. I, tít. 1, 12; además de que los he citado al frente del § 5 entre las fuentes del derecho privado relativas á esta materia.

(*h*) L. 22, de fide juss. (XLVI, I). «Hereditas *personæ vice fungitur*, sicuti municipium et decuria et societas.» Se dice igualmente del bonorum possessor: vice heredis, ó loco heredis est. L. 2, de B. P.

§ LXXXVI.—*Personas jurídicas.—Sus diferentes especies.*

Si examinamos las personas jurídicas tales como en realidad existen, encontraremos diferencias en ellas que influyen sobre su naturaleza jurídica.

1.ª Las unas tienen una existencia natural ó necesaria; las otras artificial ó contingente: existen naturalmente las ciudades y comunidades anteriores en su mayor parte al Estado, al ménos bajo su forma actual, siendo sus elementos constitutivos, y su cualidad como personas jurídicas, innegable. Algunas veces se hallan comunidades constituidas por una voluntad individual, pero á imitacion de las anteriores; citaré como ejemplo las colonias romanas opuestas al municipio, institucion respecto á la cual nada análogo existe en los Estados modernos de Europa. La unidad de las comunidades es gráfica, pues descansa en relaciones de residencia y propiedad territorial.

Tienen una existencia artificial ó contingente todas las fundaciones y asociaciones á las cuales se da el carácter de personas jurídicas, y en verdad que no vivirian sino por la voluntad de uno ó muchos indivíduos. Por lo demás estas distinciónes no son absolutas, y hay personas jurídicas que guardan una condicion intermediaria entre ambas especies participando de su naturaleza; tales son las corporaciones de artesanos y otras semejantes que á veces se refieren á las comunidades, de las que son como partes constitutivas.

2.ª En ocasiones, un cierto número de indivíduos constituyen por su reunion la persona jurídica; en otras no tiene esta apariencia real y visible, es más ideal su existencia y descansa en un fin general que le está asignado. Llámase á las primeras corporaciones, expresion tomada de la lengua latina y que no puede aplicarse á todas las especies de persona jurídica; se llama corporacion á todas las comunidades, á todas las sociedades de artesanos, y finalmente, á las socie-

(XXXVII, I). L. 117, de R. I. (L. 17). Ulpiano XXVIII, 12: «heredis loco constituuntur... heredes esse finguntur.» De igual modo que el bonorum possessor es un *heres* ficticio, del mismo modo la persona jurídica es una *persona* ficticia.

dades industriales á las cuales se ha conferido el derecho de persona jurídica. El carácter esencial de una corporacion está en que su derecho descansa, no en uno de sus miembros individualmente considerado, ni áun en todos sus miembros reunidos, sino en un conjunto ideal; siendo una consecuencia particular, pero importante de este principio que el cambio parcial ó total de sus miembros no toca á la esencia ni á la unidad de la corporacion (*a*).

Se llama á las segundas fundaciones, y tienen principalmente por fin el ejercicio de la religion, lo cual abraza las fundaciones piadosas de todo género, la cultura de la ciencia y del arte ó la caridad (*b*), y en este punto se encuentran dificultades que impiden distinguir de un modo claro ambas clases. Segun los tiempos, frecuentemente la misma institucion ha pertenecido en tanto á una como á otra, y por ejemplo, los cabildos y canonicatos son fundaciones religiosas y á la vez verdaderas corporaciones, Las universidades eran en principio tambien verdaderas corporaciones de maestros ó de alumnos, segun los países (*c*), mientras que en los tiempos actuales tienden sin cesar á convertirse en establecimientos del Estado, no figurando ya más como corporaciones, sino siem-

---

(*a*) L. 7, § 2, quod cuj. un. (III, 4). «In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes *iidem* maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint.» *Iidem* es una correccion evidentemente necesaria de Jensio, stricturæ. p. 12, ed. L. B. 1764; se lee en los manuscritos y las ediciones *idem*. Este principio se desenvuelve todavía mejor en la L. 76, de jud. (V, I) no con ocasion de las personas jurídicas, sino de muchos *judices* nombrados para el mismo negocio, añadiendo que su renovacion individual no constituye un nuevo *judicium*.

(*b*) Se comprenderá fácilmente cuán inexacto seria el título de corporacion á toda persona juridica: tomemos, por ejemplo, un hospital, ¿cuáles son los indivíduos cuya unidad colectiva debe ser mirada como sujeto propietario de bienes? No son los enfermos recogidos en el hospital, porque son solo el objeto de la fundacion piadosa y no podrian participar de los bienes de que dependen. El verdadero sujeto del derecho, es pues, una abstraccion personificada, una obra humanitaria que debe cumplirse en un lugar determinado segun cierta forma y por medios trazados de antemano.

(*c*) Savigny, Historia del Derecho romano durante la Edad Media, t. III, § 59.

pre como personas jurídicas, es decir, como hábiles para poseer.

Entre las corporaciones las hay que tienen una existencia sábiamente elaborada, tales como las comunidades y las universidades cuando eran corporaciones, y otras que tienen una organizacion incompleta, respondiendo á un fin determinado, como las aldeas, y casi siempre las corporaciones de artesanos; los autores modernos expresan esta distincion por las palabras técnicas *universitas ordinata* é *inordinata*.

Fuera de las distinciones dichas, se coloca la más importante de las personas jurídicas, el fisco, esto es, el Estado considerado como capaz de propiedad privada. Representar al fisco como una corporacion compuesta de todos los ciudadanos, seria exponerse por una asimilacion violenta á confundir principios de naturaleza enteramente distinta.

§ LXXXVII.—*Personas iurídicas.—Su historia.*

Encontramos entre los romanos, desde los primeros tiempos de su historia, asociaciones permanentes de muchas especies, principalmente, cofradías de sacerdotes y de artesanos, como tambien de oficiales subalternos, líctores, por ejemplo, recibiendo una gran extension este hecho cuando se organizó el personal de las cancillerías. Sin embargo, la necesidad de constituir la persona jurídica apenas se hizo sentir, porque para estas diversas asociaciones lo importante era la comunidad de accion y áun la posicion política, no ofreciendo la capacidad para la propiedad, sino un interés secundario. El culto de los dioses v. gr., llevaba consigo grandes gastos, pero corrian á cargo del Estado, lo que hacia ménos necesaria una afectacion de bienes, sea á los colegios de sacerdotes, sea á los templos mismos (nota *p*). Si por otra parte se queria hacer una fundacion para el culto, bastaba consagrar los bienes que componian la donacion, porque desde entonces se consideraban puestos fuera del comercio, sin hacerse propios del templo ni de los sacerdotes.

Cuando el Estado se engrandeció fué cuando tambien para las comunidades colocadas bajo su dependencia, los municipios y las colonias, la idea de la persona jurídica tuvo aplicaciones importantes y se fijó claramente. Tenian, como la persona natural, necesidad de poseer y medios de adqui-

rir, y su posicion de dependencia les hacia justiciables ante los tribunales, distinguiéndose en esto de la república romana, que no podia ser llevada á ningun tribunal regulándose sus relaciones litigiosas administrativamente. No es, pues, en vista de la República y de sus bienes por lo que se establecieron y tuvieron un grande desenvolvimiento los principios tocantes á la persona jurídica, no obstante que, en interés del Estado, se hubieron de crear garantías semejantes á las que protegian á los particulares, y de las cuales el *jus prœdiatorium* nos ofrece un ejemplo.

Pero una vez establecida definitivamente para las ciudades dependientes, la institucion de la persona jurídica se extendió poco á poco para casos por los cuales no se pensó en introducirla; aplicándose á las antiguas cofradías de sacerdotes y de artesanos; por via de abstraccion despues, al Estado, que, bajo el nombre de fisco, fué tratado como una persona, sometido á jurisdiccion; y finalmente, á sujetos de una naturaleza ideal, tales como los dioses y los templos.

Esta última aplicacion recibió ámplias y numerosas exenciones bajo el imperio del cristianismo; entre los pueblos germánicos, la institucion, no solo se conservó, sino que hubo de desenvolverse ventajosamente, porque encontró relajados los vínculos del Gobierno y los espíritus propensos á formar asociaciones libres de todo género. En los tiempos modernos, la centralizacion de la autoridad ha operado una reaccion sobre las corporaciones y disminuido su importancia, sin cambiar, no obstante, en nada los caractéres esenciales de las personas jurídicas.

Pasemos ahora á la enumeracion de las principales clases, reconocidas por el derecho romano.

I. Comunidades.—Una vez la Italia bajo la dominacion romana, se encontró dividida en un gran número de ciudades, cada una de las cuales tenia su territorio; de suerte que durante mucho tiempo estas fueron la sola unidad comunal. Todas estas ciudades eran consideradas como verdaderos Estados, si bien bajo la dependencia de Roma, y, aun muchas de ellas, los municipios, habian tenido otras veces una independencia, que no perdieron hasta mucho más tarde. Esta organizacion es en su conjunto extraña al derecho moderno, y son contadas como rarísimas excepciones las aplicaciones de pormenor que hoy pueden hacerse de ella: hé

aquí sobre la materia las expresiones más notables de las fuentes.

Civitas (*a*).

Municipes (*b*).

Esta frase se encuentra más repetida que la de *municipium*, y los jurisconsultos se sirven de ella con más frecuencia, por el motivo, ó es uno de ellos al ménos, de que se aplica á la vez á los ciudadanos de los municipios y de las colonias, siendo tan usual que designa la ciudad aun por oposicion á los habitantes considerados como individuos (*c*).

Respublica (*d*).

En tiempo de la constitucion libre, esta palabra, empleada sola, significaba la República romana; mientras que en los jurisconsultos clásicos, por el contrario, quiere decir una ciudad dependiente.

Respublica civitatis ó *municipii* (*e*).

(*a*) L. 3, 8, quod cuj. univ. ('II, 4). L. 6. § I, de div. rer. (I, 8). L. 4, C. de j. reipub. (XI, 29). L. I, 3. C. de vend. reb. civ. (XI, 33).

(*b*) L. 2; L. 7. pr., L. 9, quod cuj. univ. (III, 4). L. 15, § I, de dolo (IV, 3), (véase *i*). Gayo III, § 15.—*Municipium* se emplea tambien en el mismo sentido, por ejemplo, en la L. 22 de fidejuss. (XLVI, I).

(c) L. I, § 7, de quæs. (XIVIII, 18). «Servum *municipium* posse in caput, *civium* torqueri sæpissime rescriptum est: quia non sit *illorum* servus, sed *reipublicæ*. Idemque in ceteris unis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur, sed corporis.» Aquí *municipes* es sin duda sinónimo de *respublica*, opuesto á los *cives* particulares, y á éstos se les denomina *illorum* (Sobre el principio mismo sentado en esta ley, comp. L. 6, § I. de div. rei., I. 8—Hay un texto en el cual la distincion entre *municipes* y *municipia* no es sino aparente. (Ulpiano XX, § 5): «Nec *municipia* nec *municipes* heredes institui possunt, quoniam incertum *corpus est*, etc.»—Ulpiano dice que la institucion de heredero es nula, sea que el testador haya empleado la palabra *municipium* ó la palabra *municipes*; por esto no hace Ulpiano aquí ninguna distincion, como lo prueba el motivo mismo de sus decisiones.

(*d*) L. I. § I; L. 2. Quod cuj. un. (III, 4). L. I. C. de deb. civ. (XI, 32). Cod. Just. lib. XI, tít. 29, 32.

(*e*) L. 2 C. de deb. civ. (XI, 32). L. 31. § I, de furtis (XVII, 3). «... reipublicæ municipii alicujus... Idem que «scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus.» Los cœtere reipublicæ, son los coloniæ, fora, concililuaba, etc.

Commune, communitas (*f*).

Independientemente de las ciudades mismas que constituyen las comunidades principales, algunas de sus partes integrantes aparecen como personas jurídicas, y son: *Curiæ* ó *decuriones*. Se toman estos ya como simples individuos, por oposicion á la ciudad (*g*), ya como la ciudad misma que ellos solos representan y administran (*h*). Algunas veces figuran tambien como corporacion particular en el seno de la ciudad y poseyendo bienes propios (*i*).

(*Vici*. Los lugares no tienen ninguna independencia política, porque siempre pertenecen al territorio de una ciudad (*j*);

(*f*) Wassenaer, p. 409:

(*g*) L. 15, § I, de dolo (IV, 3). «Sed, au in *municipes* de dolo detur actio, dubitatur. Et puto, ex suo quidem dolo non posse dari: ¿*quid enim municipes dolo facere possunt*? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem *decurionum* in ipsos *decuriones* debitur de dolo actio.»

(*h*) L. 3. quod cuj. un. (III, 4). «Nulli permittetur nomine *civitatis vel curiæ* experiri nisi ei cui lex permittit, etc.»

(*i*) L. 7, § 2, quod cuj. un. (III, 4). «In *decurionibus vel aliis universitatibus* nihil refert, etc.» L. 2. C. de præd. decur. (X, 33).

(*j*) L. 30. ad munic. (L. I). «Qui ex vico ortus est, eam patriam intelligitur habere, *cui reipublicæ vicus ille respondet*.« Así pues, el *vicus* no es sino una dependencia de una *respublica*, lo cual no está en oposicion con Festus, v. Vici... Sed ex vicis partim habent rempub. et jus dicitur; «partim nihil eorum, et tamen ibi nundine aguntur, negotii gerendi causa, et magistri vici, item magistri pagi quotannis fiunt.» Ellos tenian, pues, en mayor ó menor número los elementos integrantes de la comunidad, y puede ser que deban colocarse en primer lugar los llamados *fora* y *conciliabula* (véase la nota *n*). La *jurisdictio*, de la cual se habla aquí, no era ejercida por una magistratura local, y los magistrados de las ciudades se trasladaban á los *vici* para administrar justicia.—Difiere este órden de hechos esencialmente del de Alemania, porque aquí las ciudades y aun las parroquias y las agregaciones de paisanos sin ciudad, forman otras tantas comunidades independientes de las ciudades. (Cmp. Eichhorn, deutsches Privatrecht § 379, 380); y aun cuando, por excepcion, los lugares dependieron de la ciudad, era en virtud del derecho señorial, es decir, de una organizacion extraña al sistema romano. Tenemos, además, una division geográfica desconocida de los romanos, que son los Markgenossenchaften. Comp. Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 168, 372.

y, sin embargo, son personas jurídicas capaces de poseer (*k*) y de presentarse en juicio (*l*).

Fora, conciliabula, castella. Estas localidades, por su extension é importancia, ocupaban un punto intermedio entre las ciudades y los lugares, pertenecian tambien al territorio de una ciudad y tenian desde luego el derecho de corporacion (*m*).

En su consecuencia, provincias enteras fueron consideradas como personas jurídicas, es decir, como grandes comunidades (*n*). Los *agrimensores* designaban las comunidades y nombraban las colonias, *publicæ personæ*, expresion que nos muestra su existencia política como fundamento de su personalidad en derecho privado (*ñ*).

§ LXXXVIII.—*Personas jurídicas. Su historia.* (Continuacion.)

II. Asociaciones voluntarias.

A. Sociedades religiosas. A esta clase pertenecen los colegios de sacerdotes, llamados tambien colegios de templos, y las vestales: tanto unos como otros podian adquirir y recibir por testamento (*a*).

(*k*) L. 37, § I, de leg. (XXX, un.) «Vicis legata per inde licere capere acque civitatibus, rescripto imperatoris nostri significatur.»

(*l*) L. 2. C. de jurejur. propter cal. (II, 59). «Sine pro aliquo corpore, *vel vico*, vel alia universitate.»

(*m*) Es singular que las fuentes del derecho Justinianeo no hablen de estas comunidades. De ellas se hace mencion en la Tabla de Heraclea, en la Lex Gallia Cisalpina y en Paulo, IV, 6, § 2.

(*n*) Código Teodosiano, lib. 2, tít. 12; Dirksen, p. 45.

(*ñ*) Aggenus, ap. Goes., p. 56. «Quædam loca feruntur ad *publicas personas* attinere. Nem *personæ publicæ* etiam coloniæ vocantur, quæ habent assignata in alicuis finibus quædam loca quæ solemus præfecturas appelare. Harum præfecturam propietates manifeste *ad colonos* pertinent, etc.« (*coloni* per *colonia* del mismo modo que antes *municipes*, (notas *b. c.* y *g*). Esto se reproduce casi literalmente p. 67.—Aggenus p. 72. «Hæc inscriptio videtur *ad personam coloniæ ipsius* pertinere quo nullomodo abalienari possunt a republica: ut si quis in tutelam *aut templorum publicorum* aut balnearum adjungitur: habent et respubl. loca suburbana *inopum funeribus destinata*.»

(*a*) Hyginus, p. 206, ed. Gœsii: «Virginum quoque Vestalium et

B. Sociedades de funcionarios.—Los oficiales subalternos, encargados por los magistrados de funciones diversas, reuniéronse desde luego en corporaciones (§ 87); existiendo una sobre todo, cuyo personal é importancia tendian continuamente á acrecentarse; quiero hablar de los escribientes ó copiadores, que empleados en todas las ramas del servicio público, llenaban cerca de los particulares funciones análogas á las de nuestros actuales notarios (*b*). Tenían diferentes nombres tomados de diversos empleos, tales como *librarii fiscales, censuales*; no obstante que, el más usado era el de *scriba*. Se dividian en *decuriæ*, pero si esta palabra genérica (*c*) se les aplica especialmente, es un hecho accidental tan solo; así *decuriæ* sin ninguna adicion, ya bajo la República, y despues siempre bajo los emperadores, designaba las corporaciones de escribientes; llamándose los miembros de estas corporaciones *decuriati* y más tarde *decuriales*. En Roma, y luego en Constantinopla, dichas personas obtuvieron distinciones y privilegios que se explicaban por su posicion (*d*).

C. Asociaciones industriales (*e*).—A ellas pertenecen las

---

sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt et locati.»—L. 38, § 6 de leg. (XXXII, un.) Un fideicomiso habia sido constituido en los siguientes términos: «MM. sol. reddas *collegio cujusdam templi*. Quæsitum est cum id collegium postea dissolutum sit, etc.»—Comp. Wassenaer, p. 415. Dirksen p. 50, 118 y 118.

(*b*) Niebuhr, Romische Gesch., t. III p. 349-353. Savigny, historia del derecho romano durante la edad media, t. I. § 16, 111 y 140.—Comp. J. Gothofred. in Cod. Theod. XIV, 1. Dirksen p. 46, 58.

(*c*) *Decuria* significa propiamente un colegio compuesto de diez personas, y tambien un colegio en general, cualquiera que sea el número de sus miembros. Esta expresion se aplica además al senado de Roma y al de las ciudades, y luego á los *judices*; pero de ordinario se servian de ella para designar las corporaciones de escribientes.

(*d*) He aquí los principales textos relativos á estas decurias: Ciceron in Verrem III, 79, ad Quintum fratem II, 3. Tacito Ann. XIII, 27. Suetenio, August. 57. Claudio I.—L. 3. § 4 de B. P. (XXXVII, 1). L. 22 de fidejuss. (XLVI, 1) L. 25, § 1. de adqu. vel om. her. (XXIX, 2). Cod. Jut. XI, 13. Cod. Theod., XIV, 1.—V. Averanius Interpret. II, 19. § 1.

(*e*) Niebuhr, t. III p. 349. Dirksen, p. 34, sig.—Sobre las corporaciones en la actualidad y acerca de su capacidad de poseer. Cmp. Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 371-373.

antíguas corporaciones de artesanos que continuaron subsistiendo siempre y de las cuales, las de los herreros, por ejemplo, tenían privilegios especiales (*f*); corporaciones nuevas como las de los panaderos en Roma y la de los banqueros en Roma y en las provincias (*g*), cuyos elementos eran de la misma naturaleza, lo que servía de base á sus asociaciones, pero no comunes; pues cada uno trabaja, como hoy sucede, por su cuenta.

Habia tambien empresas industriales formadas en comun y bajo la forma de personas jurídicas, las cuales recibian generalmente el nombre de *societates*; y siendo su naturaleza puramente contractual, engendraban obligaciones que concluian por la voluntad, así como por la muerte de uno solo de sus indivíduos. Algunas de ellas obtuvieron el derecho de corporacion, pero conservando siempre el nombre de *societates* (*h*); contándose en su número las sociedades para la explotacion de minas, salinas y la percepcion de los impuestos (*i*).

D. Asociaciones amistosas, *sodalitates*, *sodalitia*, *collegia sodalitia* (*k*).—Caton el Viejo, citado por Ciceron, dice

---

(*f*) L. 17, § 2 de excus. (XXVII, 1). L. 5, § 12 de j. immun. (L. 6).

(*g*) L. 1, pro quod cuj. univ. (III, 4). L. 5, § 13 de j. immun. (L. 6).—Ni las antíguas ni las nuevas corporaciones de artistas deben ser miradas como elementos de la comunidad municipal ó como teniendo derechos políticos. En los estados de orígen germánico, estas corporaciones por el lugar que ocupan y por la importancia que se les atribuia, pueden ser asimiladas á las tribus romanas, en lo cual, difieren esencialmente unas de otras.

(*h*) L. 1, pr. § 1 quod cuj. univ. (III, 4). L. 3, § 4 de B. P. (XXXVII, 1). L. 31, § 1 de furtis (XLVII, 2), (véase más arriba § 87, *c*). En la L. 1 pr. cit. se debe leer con Haloander: «Neque *societatem* (Flor. *societas*), neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur. etc.» Para distinguir las sociedades puramente contractuales de las de corporacion, se las llama algunas veces *pivatæ* societates. L. 59, pr. pro soc. (XVII, 2).

(*i*) L. 1, pr. quod cuj. univ. (III, 4). L. 59, pr. pro soc. (XVII, 2).

(*k*) Esta última expresion se encuentra en la L. 1, pr. de coll. (XLVII, 22). Haloander lee *sodalitia* (sin *collegia*) y esta version parece segun la glosa, ser la de la Vulgata, bien que muchas antíguas ediciones digan, como el manuscrito de Florencia, *collegia sodalitia*, por

comenzaron á formarse siendo él ya anciano, y se goza en presentárnoslas como teniendo por objeto comidas modestas pero alegres, y segun las costumbres primitivas, estas reuniones recordaban las ceremonias religiosas hechas en comun (*l*). Eran lo que se llama hoy *clubs*; y si en lo sucesivo han representado menos inocencia ó han sido peligrosas para el gobierno, no debe creerse que haya habido bajo el mismo nombre muchas instituciones diferentes, sino que se han modificado con el carácter general de la época. Los antiguos *clubs* se convirtieron en los tiempos difíciles en puntos de reunion para las facciones políticas, y es indudable que tambien se crearían algunos con este solo objeto; causas que nos explican por qué fueron más de una vez prohibidos. En los momentos de agitacion las plazas públicas eran invadidas por los clubs y los colegios de escribientes; el Senado los mandó separarse y propuso al pueblo una ley con el objeto de sancionar su decreto con la amenaza de un *publicum judicium* (*m*). Los *collegia* fueron entonces generalmente abolidos (*n*).

---

ejemplo: Venet; 1485. Luged. Fradin., 1511. Las palabras *collegia sodalitia neve milites* faltan en mi manuscrito, que dice sólo: *ne patiantur esse collegia in castris habeant;* pudiendo atribuir esta laguna á la repeticion de la palabra *collegia* que viene despues. Por lo demás, *sodalitia* sin ninguna adicion, tiene en su apoyo graves autoridades, y su omision en las fuentes del derecho es puramente fortuita.

(*l*) Ciceron, de senect. c. 13. Caton habla en estos términos de los laceres de la vejez: «Sed quid ego alios? ad meipsum jam revertar. Primum habui semper sodales; sodalitates autem me quæstore constitute sunt, sacris Idæis Magnæ Matris acceptis; epulabar igitur cum sodalibus omnino modice, sed erat quidam fervor ætatis, qua progrediente omnia fient in dies mitiora; neque enim ipsorum conviviorum delectationem voluptatibus corporis magis, quam cœtu amicorum et sermonibus metiebar.» Festo, v. Sodales, refiere diversas etimologías, de las cuales se desprende se trataba de comidas en donde cada uno contribuia por su parte (á escote).

(*m*) Ciceron, ad Quintum Fratrem II, 3: «Sc. factum est, ut sodalitates decuriatique disce derent: lexque deiis ferretur, ut qui non discessissent, ea pena quæ est dev itenerentur.»

(*n*) Asconius, in Cornelianam (p. 75, ed. Orelli). «Frequenter tum etiam cœtus factiosorum hominum sine publica auctoritate malo pu-

Tambien sabemos por las fuentes del derecho que en principio ninguna asociacion podia formarse sin la autorizacion expresa del gobierno, difícil y nada comun en su adquisicion: las asociaciones ilícitas se convertian en criminales y eran castigadas como *crimem extraordinarium* (*o*). Se ha creido se trataba aquí de la abolicion general de las corporaciones, pero nunca se ha procurado abolir, por ejemplo, las antiguas de artesanos ó los colegios de sacerdotes; la ley solo se dirigia contra los clubs peligrosos para el gobierno, y es evidente que si no les designa de un modo más concreto, es porque el hecho era de pública notoriedad (*p*). Sin embargo,

---

blico fiebant: propter quod postea collegia. Sc. et puribus legibus sunt sublata, præter pauca atque certa, quæ utilitas civilitatis desiderasset quasi, ut fabrorum fictorumque» (al. *lictorunque*, lectura que parece preferible, porque *fictor* expresa la escultura de una manera abstracta, y los alfareros, cuya corporacion era muy antígua, se llamaban *figuli*. Cmp. Plinio, Hist. Nat. XXXV, 12).—Asconio in Pisonianam (p. 7, ed. Orelli)... «qui ludi sublatis collegiis discussi sunt. Post novem deinde annos, quam sublata erant, P. Clodius, trib. pl. lege lata rectituit collegia.

(*o*) L. I, 2, 3, de coll. et corp. (XLVII, 22). L. 1, pr. quod cuj. un (III, 4). Cuando una asociacion de este género se hallaba reprimida por falta de autorizacion, no ha existido nunca como persona jurídica, y sus miembros pueden naturalmente retirar los fondos que hubieran aportado, dividiéndolos entre sí. L. 3, de coll. et corpo...«permittittur eis, cum dissolventur, pecunias communes si quas habent, dividere...» Muchos antores han deducido erroneamente de aquí, que cuando una corporacion realmente constituida se disuelve, sus bienes deben siempre dividirse entre los miembros existentes; pero en nuestro texto solo se cita una reunion de hecho formada por varios individuos, no de una corporacion organizada. Comp. Marazoll en Grollmans und Löhrs Magazin, t. IV, p. 207.

(*p*) Véase sobre los hechos históricos relativos á esta prohibicion, Dirksen, p. 34, 47.—Segun Asconio (nota *n*) se podria creer que todos los colegios fueron abolidos, salvo un pequeño número especialmente exceptuados: pero es preciso no atender extrictamente y á la letra este pasaje, porque no es probable que una siquiera de las antiguas sociedades de artesanos, fuera suprimida. En cuanto á las creadas para la percepcion de impuestos, es aun menos probable y de todo punto inadmisible para los colegios de sacerdotes que, sin embargo, se encontraban comprendidos en la prohibicion, segun el texto de Asconio.

las reglas contenidas en las fuentes, tienen una doble significacion que no resulta clara de sus términos. Desde luego, ninguna asociacion puede sin permiso del gobierno, convertirse en persona jurídica; regla importante la cual subsiste todavía en el derecho moderno y que es independiente de los fines de la asociacion, inocentes ó criminales. Despues las asociaciones no autorizadas son prohibidas y perseguidas criminalmente; pero esta disposicion no alcanza sino á las asociaciones realmente peligrosas, ó sospechosas al menos, y la cualidad de persona jurídica es de un órden secundario: contra las asociaciones puramente industriales nunca hubo pena alguna.

Los antiguos clubs de la República parecen mostrar cierta analogía con la institucion mucho más reciente de los *collegia tenuiorum*; asociaciones que se reclutaban en las clases inferiores, se reunian una vez por mes, y mensualmente tambien, sus miembros pagaban una cuota: nadie podia pertenecer al mismo tiempo á varias de estas asociaciones, y en cuanto á los esclavos, les era permitida la entrada siempre que fuese con el consentimiento de su señor (*q*).

Todas las corporaciones artificiales tienen un carácter comun: creadas á semejanza de las ciudades podian como ellas poseer y hacerse representar, que es lo que constituye en realidad la persona jurídica (*r*). Entre ellas, segun queda dicho (§ 86), hay unas que responden á necesidades constantes, como los colegios de sacerdotes, las decurias y las corporaciones de artesanos, y otras que atienden tan solo á exigen-

---

(*q*) L. I, pr. § 2; L. 3, § 2 de coll et corp (XLVII, 22). Se ha hecho uso respecto á los *collegia tenuiorum* de la regla segun la cual las inmunidades concedidas á muchas corporaciones de artesanos, lo eran solo á los miembros más pobres (*tenuioribus*) y no á los ricos, quienes independientemente de su profesion, tenian una fortuna capaz de soportar las cargas municipales. L. 5, § 12 de j. immun. (L. 6).

(*r*) L. 1.ª, § I, quod cuj. un. (III, 4). «Quibus antem permissum est corpus habere collegii, sive cujusque alterius eorum nomina, propium est, ad *exemplum reipublicæ*, habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per quem, *tanquam in reipublica* quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat.»

cias accidentales y pasajeras como las *societates* y las *sodalitates*, obra principalmente de una determinacion arbitraria.

En cuanto á la fraseología, ya he definido algunas denominaciones especiales (ducuriæ, societates, sodalitates); pero hay dos nombres genéricos que se aplican indeferentemente á todas las sociedades y son *collegium* y *corpus*, de lós cuales ya hemos visto (notas *a* y *k*) los *collegia templorum* y los *collegia sodalitia*; y si alguna vez se distinguen *corpus* y *collegium*, es porque cada corporacion llevaba únicamente uno ú otro de estos nombres, no obstante que la eleccion es accidental. Cuando leemos v. g., *neque collegium neque corpus habere conceditur* (nota *h*), quiere decir: toda asociacion no autorízada, está prohibida cualquiera que sea el título que lleve, *collegium* ó *corpus* (*s*); donde vemos que estas dos palabras designaban una corporacion artificial en oposicion á las comunidades (*t*).

Los miembros de una corporacion con relacion á los de otra, se llaman *collegœ* (*u*), y tambien *sodales*, que tiene desde luego una significacion más ámplia y un orígen más antiguo que *sodalitas* (*v*); y tomado en absoluto de las denominaba *collegiati et corporati* (*w*): los miembros de las diversas corporaciones de que me he ocupado se llamaban *Decuriati*, *Decuriales* (nota *d*) y *Socii* (nota *h*). El nombre genérico de

---

(*s*) L. I. pr. § I quod cuj. un. (III 4) (véase antes nota *h*) rubr. tít. Dig. de collegiis et corporibus (XLVII, 22). L. I, pr. § I; L 3. § I, 2, cod.; L. 17, § 3. L. 41, § 3 de excus. (XXVII, I). L. 20 de reb. dub. (XXXIV, 5). Segun Stryk us. mod. XLVII. 22. § I, se llama *corpus* una corporacion formada de muchos collegia. Fraseologia, que no es en manera alguna latina, procede de una circunstancia accidental: en nuestras universidades el conjunto de la corporacion se llama *corpus academicum* y cada facultad *collegium*.

(*t*) L. I, § 7, de quæst. (XLVIII, 18).

(*u*) L. 41, § 3, de excus, (XXVII, 1). Fragm. Vatic, § 158.

(*v*) Así muy antiguamente los *Sodales Titii* ó *Tatii*, despues los *Sodales Augustales*, etc. Tácito, Ann, I. § 54.—Comp. L. 4, de coll, et corp. (XLVII, 22); segun este texto parece que la expresion *sodales* existia ya en la ley de las XII Tablas.

(*w*) L. un. C. de priv. corp. (XI, 14). L. 5. C. de comun. (IV, 63).

todas las corporaciones sean comerciales ó no es *universitas* (*x*); y la persona natural ó el indivíduo en oposicion á la persona jurídica, se llama *singularis persona* (*y*).

III Fundaciones ó personas jurídicas ideales (§ 86). Bajo el imperio del cristianismo las fundaciones piadosas, rodeadas de grande favor, recibieron numerosas extensiones y aplicacion muy varia; bien que en las fuentes del derecho no vemos ninguna palabra genérica que las designe, pues la de *pia corpora* es de creacion moderna (*z*). Para que sobresalgan mejor por via de oposicion sus caractéres generales, conviene examinar el estado de las cosas antes del cristianismo. En los tiempos antiguos se encuentra muy rara vez esta especie de persona jurídica, y hé aquí lo que se sabe sobre fundaciones religiosas en esta época. Ciertos dioses tenian el privilegio especial de poder ser instituidos herederos (*aa*); por esto vemos fideicomisos válidamente instituidos en favor de un templo (*bb*), los esclavos y manumitidos de un templo, bien

---

(*x*) Rubr., Dig. lib. III, t. IV. L. I, pr. § 1, 3; L. 3; L. 7, § 2, cod. (sobre la L. 2 cit., Comp. Schulting, notæ in Dig.)—Es una de las numerosas acepciones de esta palabra que designa toda reunion de personas, cosas ó derechos (§ 56 nota *n*), por lo cual no responde únicamente á la idea de la persona jurídica. En la L. Í. C. de Judæis (1. 9), por ejemplo, las palabras *universitas Judeorum in Antiochensium civitate*, significan la totalidad de los judíos habitantes de Antioquía (*universi Judæi*) y de ningun modo una persona jurídica, pues el texto mismo de la ley niega esta cualidad y los declara incapaces de recibir un legado. Comp. Ziunmer, Rechtsgeschichte. t. I, § 130.

(*y*) L. 9, § I, quod metus (IV, 2).

(*z*) Se enumeran muchas en la L. 23, C. de SS. eccl. (I. 2). L. 35, 46. C. de ep. et cler. (I, 3). Sobre este asunto véase Mühlenbruch. t. I, p. 201; Schilling. Institutionem t. 11, § 49.—Tambien es cierto que se lee en la L. 19. C. de SS. eccl. (I, 2): «donationes super *piis causis* factæ;» pero estas palabras se aplican al fin piadoso de la donacion, y no al donatario como persona jurídica.

(*aa*) Ulpiano XXII, § 6. Deos heredes instituere non possumus, præter eos quos Scto, constitutionibus principum, instituere concessum est: sicuti Jovem Tarpejum, etc.»

(*bb*) L. I, § I, de annuis leg. (XXXIII, I). Un fidecimiso dejado á los sacerdotes y sirvientes de un templo determinado, y su validez se justifica como sigue: «Respondit... ministerium nominatorum designatum; ceterum *datum templo*.»

que la propiedad de los esclavos puede ser de derecho comun á todos los templos y muy diversa del privilegio de los testamentos(*cc*). Ahora bien, ¿cómo explicar la diferencia de principios en cuanto al establecimiento y condicion de estas personas jurídicas? Desde los tiempos del paganismo los romanos no eran indiferentes en materia de culto religioso; pero el culto tocaba al Estado y su caja era la que ofrecia á sus espensas las ceremonias en Roma, así como en las ciudades se verificaban á cargo del Tesoro comun; y puede ser que hubiese bienes del Estado ó de las ciudades cuyas rentas estuvieran afectas especialmente á las necesidades del culto, sin que la propiedad dejara de pertenecerles (§ 87, *p*). El cristianismo condujo á otro muy distinto órden de cosas, explicando el cambio suficientemente, su unidad, su independencia y el imperio absoluto que ejerciera sobre las conciencias. En cuanto á las instituciones de beneficencia del tiempo de la República, la caridad las presidia ménos que la política, ofreciéndonos un testimonio de este aserto las sumas inmensas que el Estado y ciertos magistrados consagraban al mantenimiento y los placeres de las clases inferiores. Despues, algunos emperadores crearon instituciones de beneficencia, pudiéndose citar como ejemplo de gran fundacion la de Trajano para los niños pobres en Italia; pero eran estos actos individuales, aislados y pasajeros, estando reservado al cristianismo asignar como un fin de la actividad humana, la caridad en sí y darle cuerpo por fundaciones independientes y duraderas.

(*cc*) Varon, de lingua latina, lib. VIII (al. VII). C. 41, quiere demostrar que la lengua no tiene analogía, y da como ejemplo, que entre los nombres propios muchos derivan de los de ciudades, otros no, ó les son falsamente relacionados: «alii nomina habent ab oppidis: alii aut non habent, aut non ut debent habent. Habent plerique libertini a municipio manumissi: in quo, ut societatum et *fanorum servi*, non servarunt pro portione rationem.» Este pasaje promueve otra dificultad grave, pero es extraña á mi objeto. Véase tambien Ciceron, Divina. in Cæcil., C. 17.—Las donaciones hechas á los dioses, sobre lo cual se cuestiona con frecuencia no tiene ninguna relacion con la capacidad de la propiedad, porque en su mayoria estaban consagradas y puestas así fuera del comercio, no implicando en manera alguna la propiedad del Dios donatario.

Bajo los emperadores cristianos, los establecimientos religiosos se nos presentan como personas jurídicas; pero ¿es posible sentar el principio de la personalidad? ó, en otros términos, ¿en dónde está el sujeto sobre el cual descansa el derecho de propiedad? Desde luego tenemos que afirmar se verificó un cambio notable: los dioses del paganismo eran representados como séres individuales semejantes al hombre, tal como nosotros le vemos sobre la tierra, y nada habia más lógico y natural que atribuir bienes á los dioses, y considerar como persona jurídica el templo propio de cada divinidad, concediéndole privilegios (*dd*), era seguir extrictamente el mismo órden de ideas. Mas la Iglesia cristiana, por el contrario, descansa sobre la fé en un solo Dios y, sobre la misma y su revelacion está fundada la unidad de la Iglesia, no habiendo que dar sino un paso para aplicar á la propiedad de los bienes el principio de unidad, idea que encontramos tambien en épocas muy diferentes, y lo mismo en la doctrina de los autores que en el espíritu y en los términos de las actas de fundacion. Es muy frecuente ver atribuida la propiedad de los bienes eclesiásticos, ya á Jesucristo, ya á la Iglesia cristiana, ó al Papa como su jefe visible. Pero reflexionando un poco, se comprende desde luego que la generalidad de este punto de vista no se consideraba con relacion al derecho forzosamente restringido, y que era necesario admitir la pluralidad de las personas jurídicas, áun para los bienes de la Iglesia. Ejemplo de esto son las disposiciones siguientes de una ley de Justiniano (*ee*): si un testador instituye á Jesucristo por heredero, entiéndase lo hace á la iglesia del lugar en que él reside; si lo hiciere en beneficio del arcángel ó un mártir, entiéndase de la iglesia á ellos consagrada en el lugar de su domicilio, ó, en su defecto, en la capital de la provincia; y si en la aplicacion de estas reglas surgiera duda entre muchas iglesias, prefiérase aquella por la que el testador tuviese una devocion particular, y á falta de esta prueba, por la más pobre. Vemos, pues, que aquí el sujeto de la sucesion es una parroquia determinada, es decir, la corporacion de cristianos perteneciente á su iglesia.

(*dd*) Ulpiano XXII, § 6.
(*ee*) L. 26, C. de SS. eccl. (1, 2). Este texto no está glosado.

El principio se encuentra constantemente en los autores antes de la reforma *(ff)*, y despues católicos (*gg*) y protestantes *(hh)* reconocian igualmente como propietario de los bienes eclesiásticos á una iglesia determinada; así, para los bienes de una parroquia, la corporacion de los feligreses *(ii)*. Por esto rechazan la opinion de los que atribuyen á la Iglesia en general los bienes eclesiásticos, ó á la Iglesia episcopal todos los bienes eclesiásticos de cada diócesis, é invocan este argumento decisivo: relativamente á los bienes de las parroquias, pueden nacer diversas relaciones de derecho, como la prescripcion, las servidumbres rurales, etc., que implican por necesidad la existencia de dos patrimonios distintos. Se vé, por tanto, que el sujeto de la propiedad de los bienes eclesiásticos no es una de las materias que separan entre sí á católicos y protestantes; los unos y los otros se ponen de acuerdo en individualizar la propiedad de dichos bienes, no difiriendo más que sobre la naturaleza y constitucion de las diversas iglesias y de la Iglesia considerada como un todo *(kk)*.

Las fundaciones piadosas tienen analogía con los bienes de la Iglesia, pues comprenden los establecimientos destlnados á recibir los pobres, enfermos, peregrinos, ancianos, ni-

---

(ff) Jo. Faber, in Inst. § Nullius, de divis. rerum; jurisconsulto francés del siglo 14.

(gg) Gonzalez Tellez, in Decr. L. III, t. 13, C. 2. «dicendum est dominum rerum ecclesiasticarum recidere penes ecclesiam illam particularem cui talia bona applicata sunt pro dote... Nec persona aliqua singularis babet dominum, *sed sola communitas*, persona autem singularis non ut talis, sed *ut pars et membrum communitatis*, habet in ipsis rebus jus utendi.» Fr. Sarmiento de ecclesiæ reditibus. P. I, C. I. N. 21. «...est hæc et opinio in glossis posita.» Sarpi, de materiis beneficiariis s. benef. ecclesiast. Jenæ. 1681, 16, p. 91, 93. Santer. Fundam. j. eccles. catholicorum P. V. Friburgi 1816, §51, 855.

(hh) J. H. Böhmer, Jus. eccles. Protest. lib. III, tit. 5, § 29, 30. Jus parochiale, sect 5. C. 3, § 3, 4, 5.

(ii) Se encuentra una muy erudita disertacion sobre la parroquia en Böhmer, Jus paroch. sect. 3. C. 2, § 9, 25.

(kk) A esta diferencia es á la que se refiere la asercion de G. L. Böhmer, Princ. j. canon. § 190, y así no contradice lo que he afirmado sobre el acuerdo de ambas comuniones en esta materia.

ños y huérfanos (nota *z*). Desde el instante en que un establecimiento de este género tiene el carácter de persona jurídica, debe ser tratado como un individuo, siendo esto lo que han hecho los emperadores cristianos. De este modo un hospital, etc., es propietario con el mismo título que una persona natural ó una corporacion, y se engañan los autores cuando atribuyen esta clase de propiedad al Estado, á una ciudad ó á una iglesia. El principio de su error es el siguiente: cuando un particular dá una limosna, ó el Estado, en épocas de penuria y carestía, distribuye dinero ó víveres, verifican actos de beneficencia, pero de tal modo individuales y pasajeros, que en absoluto excluyen toda idea de persona jurídica. Si un Estado ó una ciudad convirtieran estas disposiciones en permanentes, quizá tuviesen un carácter administrativo, pero de ningun modo jurídico, porque estos son bienes del Estado y de la ciudad, una parte de los cuales se consagra á este objeto en virtud de una determinacion voluntaria y revocable: hay más; en ocasiones puede deducirse una suma en títulos á dicho fin, sin que por ello exista la persona jurídica. Si, por ejemplo, un testador impone á su heredero la carga de distribuir durante su vida una cantidad de dinero á los pobres en ciertos dias del año, la disposicion será protegida por los tribunales como cualquiera otra cláusula testamentaria (§ 128-129); pero la persona jurídica no nace, reduciéndose todo á una carga impuesta al heredero sobre sus bienes. Finalmente, es posible dar como base de una fundacion piadosa la institucion de una persona jurídica, y ordinariamente se considera este acto como una garantía de su duracion: yo determinaré dentro de poco las condiciones requeridas para una tal institucion (§ 89). Es costumbre aplicar la palabra *fundacion* á muchos de los casos que acabo de enumerar y distinguir, contribuyendo la vaguedad de la frase evidentemente á oscurecer el pensamiento mismo que se procura esclarecer; tanto que yo he empleado tambien idéntica palabra para designar una clase de personas jurídicas, y pareceria que desde este momento suponia que fundacion y persona jurídica son una cosa misma.

Las constituciones de los emperadores cristianos testifican de la más grande solicitud en favor de las fundaciones piadosas; las protegen cualquiera que sea su forma, y procuran apartar de ellas todo género de obstáculos. A este

efecto las reconocen como personas jurídicas á la menor ocasion que se ofrece, de cuyo favor podemos presentar algunos ejemplos: Si un testador instituia herederos ó legatarios á los pobres en general, la disposicion era nula, segun el antiguo derecho romano que prohibia instituir á una *incerta persona*; pero Vatentiniano III hizo para este caso especial una excepcion de la regla (*ll*). Justiniano interpreta así el testamento: atribuye la sucesion al hospicio que se cree tuvo presente el testador; caso de incertidumbre sobre este punto, al del lugar de su domicilio, y, si no lo tiene, á la iglesia del lugar, pero con la carga de consagrar toda la sucesion al mantenimiento de los pobres. De igual modo, si un testador instituye á los cautivos, la institucion se devuelve á la iglesia del lugar de su domicilio, mas con la obligacion de emplear los bienes en la redencion de cautivos (*mm*). Aquí, para favorecer los pensamientos benéficos del testador, se defiere la sucesion á las personas jurídicas ya constituidas. Justiniano puso además todas las disposiciones piadosas de los que morian, bajo la inmediata inspeccion de los obispos y arzobispos, á quienes encargó del cuidado de ejecutarlas (*nn*). La ley de Justiniano era conforme á la opinion general, que miraba el mantenimiento de los pobres como una de las misiones esenciales del clero.

Los mismos principios se consignan en el derecho canónico, y los bienes dependientes de fundaciones piadosas fueron asimilados á los de la Iglesia (bona ecclesiastica), y de aquí se sigue los encontremos colocados bajo la tutela y vigilancia de los dignatarios de la Iglesia y que participaran de los privilegios de los de su naturaleza. Por tanto, no se pretendia nunca negar el carácter individual de las personas jurídicas, y es con error manifiesto como proceden los autores modernos al pensar de otro modo (*oo*); pues al argumen-

(*ll*) L. 24, C. de episc. (I. 3).

(*mm*) L. 49. C. de episc. (I, 3).

(*nn*) L. 46. C. de episc. (I. 3). Este texto no está glosado.

(*oo*) Es así como ha podido Roszhirt llegar á rehusar en absoluto á las fundaciones piadosas el carácter de personas jurídicas y á considerar sus bienes como pertenecientes á la Iglesia. Archiv. für civilistische Praxis, t. X, N. 13, p. 322-331, 327.

to ya invocado para probar ta personalidad individual de las iglesias, y principalmente de las parroquias, se nos ofrece aquí con toda su fuerza: las fundaciones piadosas, frente unas de otras, como con relacion al Estado, á las ciudades y á las iglesias, pueden sostener una multitud de relaciones de derecho que necesariamente implican su personalidad.

Si examinamos ahora las disposiciones del derecho moderno en la materia, veremos que los principios fundamentales no han cambiado, pero que se han introducido nuevas clases de fundaciones piadosas, que á su vez se hallan colocadas en una posicion nueva tambien ante el Estado. En tiempo de Justiniano nos aparecen destinadas únicamente á aliviar la pobreza bajo todas sus formas; luego, en la Edad Media, tenian con frecuencia por objeto satisfacer necesidades intelectuales de distinto género, y sus relaciones con la Iglesia han debido por fuerza perder su carácter exclusivo. Además, el mantenimiento y alivio de los pobres se convirtió en uno de los deseos más vivos y más importantes del Estado, y las fundaciones, aun las de pura caridad, están, con relacion al Estado y á la Iglesia, en una posicion distinta á la que tuvieron en la época de Justiniano. De cuanto precede resulta que hoy dia las fundaciones piadosas son del mismo modo que las corporaciones y como ellas personas jurídicas tambien; no obstante, no eran corporaciones, y no se las debe semeter á un régimen igual.

IV. El fisco.—Desde los tiempos de la República, el Estado, considerado como sujeto del derecho de bienes, se llamaba *ærarium*, porque todos los derechos de esta especie, en su aplicacion práctica, se resolvian en ingresos y gastos en la caja del Estado. Cuando apareció el régimen imperial, se hizo entre los emperadores y el Senado, como representantes de la República, una division de las provincias y tambien de las recaudaciones y cargas principales del Estado; el tesoro del Senado continuó llamándose *ærarium*, y al del emperador se denominó *fiscus* (*pp*); Esta última denominacion

---

(*pp*) Es decir, los bienes que poseia como emperador y que además no eran tampoco de su dominio privado (res privata principis).

nació porque el sentido primitivo de la palabra *fiscus* es canasta, cesto de mimbres; y sirviéndose los romanos de ellas para conservar ó trasladar las cantidades considerables, se llamó *fiscus* á cada caja, y la del emperador *Cæsaris fiscus* y como era muy frecuente ocuparse de ésta más que de ninguna' otra, se concluyó por llamarla *fiscus* simplemente. Cuando andando los tiempos el emperador reunió bajo su mano todos los poderes, el tesoro del Estado, agregado al del emperador, se denominó *fiscus*, y la palabra *ærarinm* hubo de perder su significacion primitiva (*qq*).

§ LXXXIX.—*Personas jurídicas.—Su nacimiento y muerte.*

Las condiciones para el establecimiento de las personas jurídicas no tenian siempre necesidad de fijarse por una regla positiva; puesto que, la mayor parte de las comunidades son tan antiguas ó más que el Estado mismo (§ 86), y las constituidas despues lo son siempre por un acto político, como la *coloniæ deductio* entre los romanos, y no segun ninguna regla de derecho privado: en cuanto al fisco, nadie pretenderá inquirir el orígen de su forma.

Para las restantes personas jurídicas, es principio seguido el de que no basta el acuerdo de muchos individuos ó la voluntad del fundador, sino que además es requisito necesa-

(*qq*) La fusion de ambos tesoros públicos se verificó, sin duda, gradualmente, ó, al ménos, es imposible fijar exactamente la época en que tuvo lugar. Hasta Adriano la distincion existe en los nombres y no de hecho. Tácito, Ann. VI, 2. Plinio, Panegyr. C. 42. Spartianus Adrian. C. 7.; y, sin embargo, bajo el reinado de Adriano un s. c. habla del *fiscus*, en donde debiera emplear la palabra *ærarium*, á propósito del derecho sobre los *caduca*. L. 20, § 6, de pet. her. (V. 3). Despues se emplean indistintamente ambas expresiones para designar el único tesoro público, el del emperador § 13. Y. de usuc. (II, 6). L. 13. pr. § I, 3: 4.; L. 15, § 5, de j. fisci (XLIX, 14). L. I, § 9 ad L. Corn. de falsis (XLVIII, 10). L. 3, C. de quadr. præer. (VII, 37): Es bastante extraño hallar en la rúbrica de Paulo V, 12: de jure fisci et populi; pero esto no indica que en su tiempo no existiera la distincion, y solo que empleaba Paulo dicha frase históricamente.

rio la autorizacion del poder supremo del Estado, autorizacion tácita ó expresa, resultado de un reconocimiento formal ó de una tolerancia manifiesta, todo lo cual se considera como regla general; pero las penas qne castigaban la tentativa de constitucion indebida de una persona jurídica, son menos generales y nunca se aplican á las corporaciones industriales ni á las fundaciones (§ 88, *o*). Para formar un *collegium* propiamente dicho, una corporacion voluntaria (§ 88), se necesitan tres miembros á lo menos, (*a*); debiéndose entender en su principio, porque una vez constituida una *universitas*, puede continuar aun con un solo indivíduo (*b*).

El principio que acabo de sentar sobre la necesidad de la autorizacion del gobierno, ha sido objeto de diversos ataques en nuestros dias, no aplicándolo á las corporaciones, ya á causa de numerosos textos romanos, ya en razon de los peligros que podrian traer para el Estado corporaciones fundadas sin ninguna clase de inscripcion ó registro, pero sí para las fundaciones piadosas; siendo los argumentos que se le ponen los siguientes. El derecho romano deja á los particulares facultad ilimitada para constituir dichas fundaciones; además tenian un carácter esencialmente laudable, sin que pudieran nunca llegar á ser peligrosas, y se reclama la mis-

---

(*a*) L. 85, de V. S. (L. 15). «Neratius Priscus tres facere existimat collegium: et hoc magis sequendum est.» Pocos principios hay en el derecho romano, tan frecuentemente citados como este aun entre gentes que no son jurisconsultos. Tambien se entiende de ordinario por familia la reunion de tres esclavos al menos. (L. 40 § 3 de V. S. L. 16); solo por excepciones como en el Int. de vi («aut familia tua dejecit,» un único esclavo es tomado como familia. L. I § 17, de vi (XLIII. 16).

(*b*) L. 7, 3, quod cuj. un. (III, 4)... «si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum et convenire et conveniri: cum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis.»—Así en tales casos la persona jurídica continúa subsistiendo, conserva su nombre y los bienes de la corporacion no se convierten en privados para el único miembro que queda. Solo entonces, y esto es lo que el texto hace notar, el indivíduo puede obrar directamente en justicia sin la mediacion de un *actor* ó un *syndicus*.

ma independencia para los establecimientos destinados al alivio de los pobres que á los que tenia como fin la cultura intelectual (*c*). Pero aquí la ley romana es doblemente inaplicable porque no está glosada (*d*), y además, hablo solo de las fundaciones en favor de la iglesia ó de los pobres que supone el asentimiento y la vigilancia de la Iglesia, condiciones que hoy no existen (§ 88).

El segundo argumento no tiene valor alguno ante las siguientes consideraciones. Con independencia de la razon política, la necesidad del consentimiento del Estado para la formacion de una persona jurídica, encuentra su orígen en la naturaleza misma del derecho. El hombre, por el solo hecho de su aparicion corporal proclama su título á la capacidad del derecho, principio al cual la esclavitud hace entre los romanos una ámplia excepcion, cuya práctica es muy de otro modo general entre nosotros; y á este signo visible, cada hombre y cada juez sabe los derechos que debe reconocer y prestarles proteccion. Cuando la capacidad natural del hombre se estiende ficticiamente á un ser ideal, el signo visible falta y la voluntad de la autoridad suprema puede solo suplirlo creando sujetos artificiales tambien de derecho; abandonar esta facultad á las voluntades individuales, seria arrojar seguramente sobre el estado del derecho una grande incertidumbre, sin hablar de los abusos que podrian traer consigo si eran fraudulentas. A esta razon decisiva, tomada de la naturaleza misma del derecho, se unen consideraciones políticas y de economía política, reconociéndose que las corporaciones podian ofecer peligros, mientras que la extension ilimitada de las fundaciones no era siempre de desear ni indiferente. Si se hacia una rica fundacion para la propagacion de libros ó de doctrinas peligrosas para el Estado, ¿de-

(*c*) En el proceso incoado por el instituto de Artes de Städel en Francfor-sur-Mein, era esta la opinion que mantenian sus defensores. Pero Mühlenbruch (Beurth. des Städelschen Burbungfalles. Halle, 1828) ha establecido muy bien los verdaderos principios sobre el orígen de las personas jurídicas. Por lo demás, no era sino un incidente del proceso, cuyo asunto todo, como su resultado, traspasa los límites de esta nota.

(*d*) El texto no glosado es: L. 46, C. de episc. (I, 3).

beria sufrirla? (e). Las fundaciones aun de objetos exclusivamente de beneficencia no deben ser abandonadas en absoluto á las voluntades individuales. Si, por ejemplo, en una ciudad en donde los establecimientos en favor de los pobres estuvieran bien organizados y provistos de suficientes rentas, un testador rico, por una mal entendida caridad, instituia limosnas que pudieran convertirse en un peligro para los buenos resultados de la caridad pública, el Estado no tendria fundamento alguno para dar á esta fundacion más consistencia confiriéndole los derechos de persona jurídica. Pues, independientemente del carácter de la fundacion, se trata de evitar una acumulacion exajerada de bienes en manos muertas, lo cual puede suceder hasta en las fundaciones autorizadas por el Estado, pero que el mal seria mucho mayor si no hubiera medio de remediarlo, en tanto que se permitiera siempre á los particulares crear arbitrariamente nuevas fundaciones.

Una vez constituida la persona jurídica, no debe disolverse por la voluntad sola de sus miembros actuales, porque su existencia es independiente de la primera (§ 86); sino que es necesaria aquí la autorizacion del poder supremo, tanto más cuanto que de otra parte las personas jurídicas pueden ser disueltas por la exclusiva decision de la autoridad, no obstante la voluntad de sus miembros, si llegaran á comprometer la seguridad ó los intereses del Estado. Clases enteras de corporaciones pueden ser disueltas á la vez, es decir, por una disposicion legislativa general (§ 88), como tambien puede una persona jurídica ser disuelta en un caso particular en virtud de un acto político y fuera de toda regla (*f*). Respecto

---

(*e*) En los tiempos actuales no podria negarse la posibilidad de esto: habia gentes ricas entre los samsimonianos, y porque la idea no se hubiera ocurrido, seria extraño que hubieran procurado fundar un establecimiento para la propagacion de sus doctrinas? Quizá las leyes no hayan tenido nunca que reprimir una tentativa de este género, pero lo que es cierto, es que el Estado no deberia prestarle su concurso.

(*f*) L. 21, quibus mod, usufr. (VII, 4). «Si usufructus civitati legetur, *et aratrum in eam inducatur, civitas esse desinit ut passa est Carthago:* ideoque quasi morte desinit habere usumfructum.»

á las fundaciones que tienen el carácter de establecimientos públicos, este derecho del Estado es aún más ámpliamente ejercido, y sin que se hagan peligrosas ó penables, puede abolirlas desde el momento en que hay un camino mejor por el cual llegar al fin de utilidad general para el que fueron creadas.

Demostrado que una corporacion puede continuar viviendo, áun con uno solo de sus miembros (nota *b*), se ha querido sacar de este principio la consecuencia errónea de que una corporacion muere á su vez por la falta de todos sus miembros, conclusion inadmisible siendo así que la corporacion descansa sobre un interés público y permanente (§ 68). Si pues, una epidemia destruye en una ciudad á todos los individuos de una corporacion de artesanos, es preciso no considerarla disuelta y abandonados los bienes ó pasando á ser propiedad del Estado.

Ahora bien; las reglas que acabo de exponer quizá sean incompletas por lo que hace al nacimiento y muerte de las personas jurídicas; pero procede la insuficiencia de la naturaleza misma del asunto, pues que toda la parte relativa al pormenor toca á la constitucion política y á las formas administrativas de cada Estado particular, y claro está que exceden de los límites del puro derecho privado.

§ XC.—*Personas jurídicas.—Sus derechos.*

Los derechos de las personas jurídicas, son de dos especies: los unos están en la naturaleza de la persona, esto es, que no es instituida sino para la capacidad de los mismos; los otros tienen un carácter ménos necesario, pero más positivo, y consisten en privilegios especiales (*jura singularia*), conferidos ya á la persona jurídica misma para el ejercicio de sus derechos (*a*), ya á los miembros individuales que la

---

(*a*) Tales son: para el fisco, sus numerosas perogativas; por ejemplo, su hipoteca general, tácita y aun privilegiada; para las ciudades acreedoras al derecho de figurar en la cuarta clase en caso de concurso y el derecho á la restitucion en general, privilegio que les concedia el derecho romano y que el derecho moderno ha extendido mucho.

forman (*b*). La enumeracion completa de dichos privilegios, tendría poco interés en este lugar, porque no pueden ser bien estudiados más que en sus relaciones con las instituciones á las cuales sirven de excepcion: en cuanto á los derechos esenciales de las personas jurídicas, su exposicion no se justifica en lugar alguno mejor que en el presente.

Para considerar estos derechos bajo su verdadero punto de vista, es necesario referirse á la definicion de la persona jurídica (§ 85), esto es, un sujeto capaz de propiedad; y, en efecto, los derechos de bienes, salvo las relaciones especiales de familia y algunos casos particulares de una importancia secundaria, no se adquieren por sí mismos, sino que son siempre el resultado de un hecho (*c*); suponen además estos actos un sér que piensa y quiere, un indivíduo, y las personas jurídicas no existen sino ficticiamente. Aquí se presenta la contradiccion de un sujeto capaz de propiedad é incapaz respecto á los actos necesarios para adquirir; contradiccion que de un modo semejante encontramos tambien en las personas naturales, si bien en grado menor v. g., los impúberos y los enajenados, porque unen á la capacidad absoluta de derecho la incapacidad absoluta de obrar. Esta contradiccion trae consigo un remedio artificial, la representacion; el cual se encuentra para la persona natural en la tutela y para la jurídica en su constitucion.

Al dar como fundamento necesario de la representacion

(*b*) Así en derecho romano, los miembros de varias corporaciones útiles gozaban de muchas inmunidades; por ejemplo, la *excusatio* de la tutela. L. 17, § 2: L. 41, § 3 de excus. (XXVII, 1). Fragm Vaticana § 124, § 233-237.—L. 5, § 12 de j. immun (L. 8). Ulpiano III, § 1, 6.—En los últimos tiempos del imperio, estas corporaciones como tantas otras instituciones se convirtieron en una especie de castas: el derecho y la obligacion de formar parte de ellas eran hereditarios, v. g., la participacion en la curia de la ciudad. L. 4, C. Th. de priv. corpor. (XIV, 2), Tit. C. Th. de pistor. (XIV, 3).

(*c*) Los *necesarii heredes*, adquieren la herencia, es decir, los bienes, *ipso jure*, sin ningun hecho de su parte; los otros herederos no adquieren sino expresando antes su voluntad de suceder. Del mismo modo la propiedad se acrecienta sin el hecho del propietario (por la *accessio*), la cual no puede comenzar sin el hecho.

artificial la incapacidad de obrar, natural á las personas jurídicas, no debe esto entenderse literalmente, porque algunos autores piensan que un acto emanado de todos los miembros de una corporacion, es el acto de la corporacion misma, y que la representacion no ha sido introducida sino á causa de la dificultad que ofreciera traer á todos los miembros de esta corporacion á una unidad de accion y de voluntad. Pero en realidad, el total de los miembros que la componen, difiere esencialmente de la corporacion misma (§ 86); y cuando aquellos, sin exceptuar ninguno, se reunieran para obrar, esto no seria un acto del ser ideal á quien llamamos persona jurídica (Cmp. § 91, *q*, § 93, *b* y *h*). Se asemejaba la corporacion al pupilo, cuya tutela era ejercida, si se trataba de una *universita ordinata* (§ 86), por las autoridades que crea la constitucion, y si se trata de una *universitas inordinata* por los miembros actuales: estos últimos y la corporacion difieren, pues, tanto como el tutor y su pupilo.

El órden que seguiré en esta investigacion es el siguiente: tratar desde luego de los derechos, y despues, de la constitucion de las personas jurídicas, para la cual es esencial se fije desde luego el verdadero punto de vista. La constitucion, en tanto que pueda la persona jurídica, porque de ordinario ella tiene además un fin diferente y más importante bajo ciertos respectos; la constitucion, repito, establece por medio de la representacion la posibilidad de actos indispensables al ejercicio del derecho de bienes, es decir, todos los actos por los cuales se adquiere la propiedad, se conserva ó se ejerce y modifica, cambiando sus objetos. Antes de comenzar la exposicion de los derechos adsequibles á las personas jurídicas, debo establecer un principio general muy importante, que resulta de la definicion dada más arriba, pero que puede fácilmente ser conocido. Todos estos derechos pertenecen absolutamente y sin distincion á la persona jurídica, como unidad, y no si se trata de una corporacion á los diferentes miembros que la componen; principio que, aplicado á ciertas relaciones de derecho, se muestra con claridad suma.

XCI.—*Personas jurídicas.—Sus derechos.* (Continuacion).

I. Propiedad.

Las personas jurídicas pueden tener la propiedad de toda

clase de objetos (*a*); y áun segun el antiguo derecho les era permitido adquirir por actos solemnes; la mancipacion vg., si tenian un esclavo que las representara (*b*).—La propiedad del mismo modo que los derechos de otra naturaleza, pertenecen á la persona jurídica considerada como unidad, y los miembros no tienen parte alguna estimados individualmente (c). Este principio recibia entre los romanos muchas aplicaciones particulares: en materia criminal, era de rigor que el esclavo del acusado no pudiese deponer contra él, y el siervo llamado á prestar su testimonio era siempre sometido al tormento; pero si un ciudadano de una comunidad era acusado criminalmente, los esclavos pertenecientes á la ciudad podian deponer contra él, porque no existía derecho alguno de propiedad sobre ellos (*d*).

La persona jurídica podia, como otro propietario cualquiera, manumitir sus esclavos y ejercer los privilegios de patronato, principalmente con relacion á las sucesiones; principios que no ofrecen duda alguna y que se ven frecuentemente aplicados á las comunidades y á otras personas jurídicas (*e*); pero la historia de su desenvolvimiento no es tan cla-

---

(*a*) L. I, § I, quod cuj. un. (III, 4). «Quibus autem ponnissum est corpus habere... propium est, ad exemplum reipublicæ, habere *res communem, arcan communem*» (88, *r*).

(*b*) Tácito ann. 11, 30. «Negante reo, agnoscontes servos per tormenta interrogatori placuit. Et, quia. vetere Scto quæstio in caput domini prohibebatur, callidus et novi juris repertor Tiberius, *mancipari singulos actori publico* jubet: scilicet ut in Libonem. Salvo Scto quæretur. «Plinio, Epist. VIII, 18.» Deliberas mecum, quemadmodum pecunia, quam municipibus nostris in epulum obtulisti, post te quoque salva sit... Equidem nihil commodius invenio, quam quod ipse feci. Nam pro quingentis millibus numûm... agrum ex meis longe pluris, *actori publico mancipari*, etc. En estos dos casos el *actor publicus* es un esclavo interpuesto por la necesidad del negocio, y que en el primer caso pertenece al Estado, y en el segundo á una ciudad.

(*c*) L. 6, §I, de div. rerum (I, 8).

(*d*) L. I, § 7, de quæst. (XLVIII, 18). Véase antes § 89, *c*.

(*e*) L. I, 2, 3, de manumission. quæ servis (XL, 3): L. un. de libertis univ. (XXXVIII, 3). L. 10 § 4. de inj. voc. (II, 4). L, 25, § 2, de adquir. vel om. her. (XXIX, 2).

ra. Una *lex vectibulici*, dada bajo el reinado de Trajano, permite á las ciudades de Italia manumitir sus esclavos, y bajo Adriano, un senado-consulto extendió estas facultades á las ciudades de las provincias (*f*); finalmente, Marco Aurelio permitió tambien á los colegios manumitir sus esclavos y adquirir como patronos (*g*). Segun lo que precede podria creerse que antes de Trajano la manumision estaba prohibida á las personas jurídicas; pero Varron habla de manumitidos de la República, de los municipios, *societates, fana*, como de un hecho frecuente y bien conocido (*h*), y, segun sus expresiones es imposible no admitir la validez de las citadas manumisiones. Por esto se concilian ambos testimonios contradictorios. La manumision por *vindicta* era una *legis actio* que era necesario ejercitar por sí y no por medio de un representante (*i*); y careciendo las personas jurídicas de esta capacidad, claro es que sus manumitidos no podian adquirir sino una libertad de hecho, y, despues de la ley Julia, la latinidad: el pasaje de Varron se aplica á esta manumision imperfecta. Las leyes de Trajano y sus sucesores derogando el antiguo *jus civile*, permitieron á las personas jurídicas conferir á sus manumitidos la libertad perfecta con el derecho de ciudad (*k*); pero todavía se reproduce la distincion entre la persona jurídica y sus miembros por lo que respecta al derecho de patronato, así que los manumitidos de una ciudad no deben á sus habitantes la sumision y el respeto de un liberto á su patrono (*l*).

Para las personas jurídicas lo mismo que para otro cualquier propietario, los inmuebles forman la mayor parte de

---

(*f*) L. 3. C. de servis reipub. (VII, 9).—Bach, Trajanus, p. 152; Bach, hist. juris, p, 380, 6.ª ed.

(*g*) L. 1, 2, de manumission, quæ servis (XL, 3).

(*h*) Varro de lingua lat., lib. 8, C. 41, (véase antes § 88, *cc*).

(*i*) L. 123, pr. de R. I. (L. 17). L. 3; C. de vindicta (VII, I).

(*k*) L. 3, C., de servis recip. (VII, 9)... Si itaque secumdum legum vectibulici... manumissus, *civitatem Romanam consecutus est*, etc.» L. 2, cod.—La indicacion de estos textos se encuentra en Bach, Trajanus, p. 156.—En las ciudades de provincias, en que la *vindicta* no podia tener nunca lugar, era reemplazada por un decreto del Senado de la ciudad, confirmado por el gobernador de la provincia. L. I, 2, C. de servis reipub. (VII, 9).

(*l*) L. 10, § 4, de in j. voc. (II, 4).

sus bienes, mas aquí tiene lugar una distincion importante: una corporacion puede arrendar sus inmuebles ó administrarlos por cuenta propia; abandonar el goce de los mismos á sus miembros (*m*); y por último, este doble carácter puede darse reunido, cuando los miembros, como precio de su goce, pagan á la corporacion un cánon, de ordinario muy módico.

En el segundo caso, en que los miembros gozan exclusivamente de la cosa, la propiedad es en algun modo ficticia y se reduce á protejer los verdaderos titulares; pero en derecho debe ser considerada y estimársela como propiedad de la corporacion (*n*). Algunas veces, lo cual debemos notarlo cuidadosamente, el derecho pertenece á los indivíduos ó á una clase de miembros; resultando entónces que hay propiedad comun, pero no de corporacion (*o*).

II. Servidumbres.—Hay muchas que por su naturaleza no pueden pertenecer á las personas jurídicas.

El *usufructus* les es perfectamente aplicable, porque la percepcion de la propiedad, de los frutos, forma su principal objeto; fijándose su duracion para la persona jurídica en 100 años generalmente, en representacion de la más larga vida

---

(*m*) Eichhorn, Deutsches, Privatr. § 372.—En Alemania los bienes de la primera clase se llaman generalmente *Kammereyvermogen*, bienes de la administracion; los de la segunda *Burgevermogen*, bienes de los ciudadanos. Así, se denomina *Burgerwald*, un bosque cuya propiedad pertenece á la ciudad y cuyos productos se reparten anualmente entre sus moradores. Tales son los pactos comunes de las ciudades y villas y, la caza, utilizable tambien por los habitantes; en tanto que la *Stadtjagd* es retenida por la ciudad. El antiguo *ager publicus* de los romanos tiene analogía con la *Burgerwermogen* de los modernos. En ocasiones el goce de estos bienes pertenece exclusivamente á cierta clase de ciudadanos, así, el *ager publicus*, se reservó en un principio á los patricios y más tarde á los *optimates*. Frecuentemente la distincion entre ambas clases de propietarios es muy difícil de establecer, sobre todo, cuando ha habido cambios en la constitucion política, siendo esta la causa principal del debate promovido en el canton de Schwitz hace algunos años entre los *Hormnanner* y los *Klamenmanner* (grandes y pequeños propietarios de rebaños).

(*n*) Kori, p. 17, 18.

(*o*) Kori, p. 33, 39 y p. 18, nota.

probable de una persona natural (*p*): excepcionalmente, el usufructo se destruye si la asociacion es disuelta (*q*). En el antiguo derecho, la persona jurídica adquiria el usufructo *ipso jure* por el legado (*vindicationis legatus* solo), no en virtud de mancipacion, porque no tiene lugar para el usufructo, ni en razon de la *in jure cessio*, que era un acto prohibido al esclavo, quien solo podia obrar para la persona jurídica (*r*). El derecho moderno, permitiendo la constitucion del usufructo de un modo más natural, por contrato, no ofrece ninguna dificultad.

El *usus*, por el contrario, no es aplicable á las personas jurídicas, porque dada su naturaleza constituye un aprovechamiento personalísimo de parte del titular. Puede, sí tener servidumbres rústicas en cambio, porque estas no son sino extensiones de la propiedad territorial.

En todo tiempo las personas jurídicas han adquirido las servidumbres por medio de legados y nunca por la *in jure cessio* (nota *r*); podian adquirir una servidumbre rústica, pero no urbana, valiéndose de la mancipacion hecha por uno de sus esclavos (*s*); aquí no hay ninguna dificultad relativa al modo de adquirirlos, ni existe en el derecho moderno.

(*p*) L. 56, de usufr. (VII, I). L. 8, de usu et usufr. (XXXII, 2). Véase antes nota *r*).

(*q*) L. 21, quib. modis usufr. (VII, 4) Véase § 89, *f*.

(*r*) Gayo II, § 96.—Así las personas jurídicas no podian recibir *inter vivos* ningun *usufructus jure constitutus*, sino solo una *possessio usufructus* (véase sobre esto L. 3, si usufr. VII, 6). Al mismo asunto se refiere tambien evidentemente la L. 56, de usufr. VII, I. «An *usufructus nomine actio* municipibus dari debeat, quæsitum est... Unde sequens dubitatio oritur, quosque *tuendi essent* in eo usufructu municipes? Et placuit centum annis, *tuendos esse* municipes, quia is finis vitæ longævi hominis est.» Es indudable que se encuentran expresiones análogas en la L. 8, de usu et usufr. leg. (XXXIII, 2) relativa á un legado; pero esta ley habla segun toda probabilidad de un *damnationis legatum* que no podia tener sino el mismo género de resultados imperfectos.

(*s*) Gayo II, § 29; Ulpiano XIX, § I.—En la L. 12 de serv. (VIII, I) ha hecho seguramente esta distincion: «Non dubito quin *fundo*, municipium *per servum* recte servitus adquiratur.» Asi un esclavo podia adquirir el derecho de paso ó el de acueducto por un *fundo* por medio

III. Posesion.—Antiguamente se dudaba pudiera aplicarse la posesion, como las relaciones de derecho propiamente dichas, á las personas jurídicas; porque su carácter de hecho sobre todo, parecia poco compatible con su naturaleza general ficticia. Piensan tambien algunos que estas personas no tenian más que una posesion especial, por la mediacion de sus esclavos y solo para los objetos que dependian de su peculio, mientras que otros aseguran que, no teniendo la posesion de sus esclavos, no podian en ningun caso poseer por su mediacion (*t*). En tiempo de los jurisconsultos clásicos era cosa admitida que las ciudades y todas las personas jurídicas pudiesen adquirir la posesion, ya fuera por sus esclavos, ya por medio de representantes libres (*u*). Aparte de lo que dejamos dicho, es probable que esta controversia, encerrada en los estrechos límites de la teoría, no ha tenido influencia práctica; y no seria dado explicar de otro modo la adquisicion de un derecho cualquiera de propiedad para las personas jurídicas, segun los principios rigurosos de la antigua legislacion.

Es evidente que adquirian por medio de sus esclavos; mas ¿cómo llegaron á la propiedad del primero de sus siervos? No hay otro medio que la usucapion; pero si la usucapion era indispensable para establecer su propiedad, se hace á su vez necesario pensar que la práctica les habria reconocido en todo tiempo capacidad de poseer, porque sin posesion no existe usucapion.

---

de la mancipacion, en tanto que este no era capaz para establecer ninguna servidumbre para su edificio.

(*t*) L. I, § 22, de adqu. vel am. poss (XLI, 2). Municipes *per se* nihil possidere possunt, quia universi (*al. uni*) consentire nom possunt.» Las últimas palabras no significan una dificultad grande para conseguir el consentimiento de todos los habitantes, porque no existe; mas aun cuando todos expresaran su voluntad unánime, no se habria por esto obtenido el consentimiento de la corporacion considerada como una unidad ideal (*universi*) y faltaria siempre una condicion indispensable, el *animus possidendi*, en la persona del verdadero poseedor (§ 90, § 93, b, h).—Com. Cayo II, § 89, 90.

(*u*) L. 2, de adqu. vel am poss. (XLI, 2). L, 7, § 4, ad exib. (X. 4). Comp. Savigny. Recht des Besitzes, § 21, § 26, p. 354, 358, 367, 6 de ed.

Veamos ahora cómo se establece la posesion de las personas jurídicas. Podian adquirir derechos, porque los actos jurídicos de sus representantes eran considerados siempre como sus propios actos, principio que forma la base de su constitucion. Para la posesion existe, sin embargo, una dificultad, porque su naturaleza, puramente de hecho, se muestra poco compatible con una ficcion de este género. Para resolverla, se admite que en materia de posesion, la persona jurídica estaba tambien representada por sus gerentes generales ó por sus jefes, contando siempre con que el representante ha de reunir todas las condiciones que para adquirir la posesion deban concurrir y pidan á un poseedor ordinario; tener conciencia de la posesion y aprehender, bien por sí mismos, bien por medio de un mandatario, que entre los romanos podia ser un esclavo. Pero la derogacion del principio establecido para la adquisicion de la posesion subsiste siempre, pues que la persona jurídica en sí misma posee sin tener conciencia; por esto, cuando un tutor adquiere la posesion para un pupilo á un curador para el enajenado, la dificultad y la solucion son precisamente las mismas (*v*).

§ XCII.—*Personas jurídicas.—Sus derechos* (Continuacion).

IV. Obligaciones.—Las personas jurídicas tienen los créditos y las deudas que resultan de los contratos de sus representantes ordinarios. Habia, sin embargo, en el antiguo derecho romano una diferencia en cuanto á la forma, y era que los créditos resultantes de las estipulaciones de un esclavo perteneciente á la persona jurídica, podian adquirirse

(*v*) Esta doctrina, cuyas bases se encuentran en nuestro tratado de la posesion, ha sido impugnada por Warnkönig. XX, p. 412, 420, pretendiendo que las personas jurídicas como las físicas no adquieren la posesion sin saberlo. Pero no se ha dado cuenta exacta de los caractéres esenciales de las primeras, viéndosele claramente participar del error comun á tantos autores, segun este pasaje (p. 420). «Es un principio reconocido que la voluntad de la mayoría expresa la de la corporacion misma.» Y entonces los romanos habrian encontrado más dificultad para la adquisicion de la posesion por las personas jurídicas que por las físicas ó que para cualquiera otro género de adquisicion.

ipso jure, es decir, directamente (*a*), en tanto que los contratos de un representante libre, solo daban lugar á una *utilis actio* (*b*)· esta distincion no existe en el derecho nuevo. Otra distincion, y no ya de forma, subsiste aún hoy; cuando se trata de un contrato que exige la entrega de una cosa, un préstamo, v. g., la persona jurídica no está obligada, á no ser que la cosa se haya realmente convertido en su provecho (*c*). Las obligaciones más raras y de menos importancia que se forman sin nuestra voluntad é independientemente de nuestros actos, tienen para las personas jurídicas los mismos efectos que para las naturales (*d*).

En cuanto á las obligaciones nacidas de un delito, siempre que afectan á una persona jurídica, las opiniones están muy divididas. Pero estas personas pueden, del mismo modo que las naturales, ejercitar las acciones resultado de un delito cometido en su perjuicio, caso sobre el cual no hay ninguna duda: mas como esta cuestion se enlaza á otra, la de saber si un crímen público puede imputarse á una persona jurídica, me reservo para resolver, tratarlas ambas unidas (§ 94).

El principio general sentado en el § 90 halla aquí una nueva aplicacion; los créditos y las deudas conciernen exclusivamente á la unidad artificial, no á los miembros que la componen (*e*); sin embargo de que una corporacion puede obligar á sus indivíduos á que contribuyan al pago de sus deudas. Este derecho ejercido por la corporacion frente á sus miembros, nace de su constitucion interior, sin que tenga nada de comun con las deudas que hubiese contraido con extraños.

V. Acciones.—La capacidad de derecho concedida á las personas jurídicas tendria efectos muy limitados si no se les

---

(*a*) L. II,§ I, de usuris (XXII, I).

(*b*) L. 6, § 7, 9, pe pecunia constit. (XIII, 5).

(*c*) L. 27, de reb. cred. (XII, I).

(*d*) Asi v. g. familiæ herciscundæ, finium regundorum, aquæ pluviæ actio. L. 9 quod cuj. un. (III, 4).—Lo mismo acontece, segun el derecho romano, con las acciones noxales en reparacion del daño causado por el esclavo de una persona jurídica.

(*e*) L. 7. § I. quod cuj. un. (III, 4). «Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec, quod debet universitas, singuli debent.»

reconociere al mismo tiempo la capacidad de presentarse en juicio como demandantes y demandados: este derecho se afirma como regla general (*f*). En cuanto á su realizacion, la persona jurídica está autorizada para nombrar un *actor* en cada negocio, que se asimila en un todo á un procurador ordinario; constituir para hacerse representar en juicio un mandatario general que tiene el nombre de *syndicus*, expresion que emplean las comunidades en el derecho romano moderno (*g*).

Un modo semejante de representacion se usa, no solo para la persecucion de las acciones propiamente dichas, sino tambien para la ejecucion de actos judiciales, tales como la caucion, *operis novi nuntiatio*, etc. (*h*). El procurador ó síndico no es entonces un representante nombrado para muchas personas, sino para un indivíduo: la persona jurídica tomada como unidad (*i*). Si la corporacion se encuentra accidentalmente reducida á un solo miembro, éste puede intentar directamente el proceso; pero no en su nombre personal y sí como representante siempre de aquella (*k*). Cada ciudadano puede tambien sostener á título de *defensor* los derechos de una persona jurídica, lo mismo que si se tratara de una persona natural (*l*).

Una vez condenada la forma jurídica, los medios de ejecucion son los mismos que los empleados contra una persona natural, la *missio in possessionem*, la transaccion, el embargo y la sustitucion de créditos (*m*). Cuando en un proceso en el cual se muestre como parte la persona jurídica deba prestar juramento, surje un caso de una dificultad especial, porque no es al adversario jurídico, sino á la personalidad puramente humana, á la conciencia del indivíduo á quien el juramento se pide. El derecho romano no habla del juramento judicial; pero en un caso muy semejante, el del legado hecho

(*f*) L. 7, pr. quod cuj. un. (III, 4).
(*g*) L. I, § I; L. 3, quod cuj. un. (III, 4).
(*h*) L. 10, quod cuj. un. (III, 4).
(*i*) L. 2, quod cuj. un. (III, 4).
(*k*) L. 7, § 2, quod cuj. un. (III, 4). Véase § 89, b.
(*l*) L. I, § 3, quod cuj. un. (III, 4).
(*m*) L. 7, § 2; L. 8, quod cuj. un. (III, 4).

bajo fé de juramento, si se trata de una comunidad, es decir, de una *universitas ordinata*, el juramento debe prestarse por los magistrados municipales (*n*). En la práctica moderna, lo prestan siempre ciertos miembros de la corporacion; y en cuanto á su número y modo de designarlos, las opiniones de los autores y las legislaciones modernas, varían mucho (*o*).

§ XCIII.—*Personas jurídicas.—Sus derechos.* (Continuacion.)

VI. Derecho de sucesion.—El derecho de sucesion se concedió á las personas jurídicas mucho despues que los otros medios de adquirir, diferencia que procede de la naturaleza misma del derecho de que nos ocupamos con respecto á los caractéres esenciales de la persona jurídica. La ley que regula las sucesiones es para todo el que posee de una alta importancia, porque la herencia sola da á sus bienes un interés durable; pero las personas jurídicas carecen de herederos, porque no mueren nunca. Además, la sucesion considerada como medio de adquirir, excepto en el caso de próximo parentesco, que no existe para las personas jurídicas, es de tal modo fortuita y accidental que no se la podia mirar como indispensable á la rapidez ó á la libertad de comercio, y su falta no dejaria rastro alguno de notar en el derecho de bienes. Las personas jurídicas, no estando en cierta suerte ins-

---

(*n*) L. 97 de condit. (XXXV, 1). «Municipibus, si *jurassent*, legatum est: hæc eruditio non est impossibilis. Paulus: quemadmodum ergo pareri potest? Per eos itaque jurabunt, per quos municipii res geruntur.» Este es el mismo sentido en que se expresa la L. 14, ad munic.» (L. 1). «Municipes intelliguntur *scire*, quod sciant hi, quibus summa reipublicæ commissa est.» El acto de pacificacion de 1521, VII, 9, dice que el *jusjurandum purgatorium* concedido á una comunidad religiosa ó láica habrá de prestarse por las dos terceras partes de los miembros que componen el consejo de la comunidad: el citado artículo reproduce la disposicion del derecho romano precisándola más.

(*o*) Linde Archiv. für civil. Praxis t. X, p. 18-36, piensa que si la costumbre indudable no establece el principio contrario, todos lo miembros debian jurar, ó todos, al ménos, los que hubieren sido de opinion de prestar el juramento, opinion que se refiere á una doctrinas muy extendida sobre la naturaleza de la persona jurídica y que examinaré despues.

tituidas sino para participar, como las naturales, del ejercicio de la propiedad, se comprende que sus derechos hayan sido reconocidos y definidos en todo tiempo, antes de que se les concediera la facultad ó capacidad de suceder. Es cierto que no podian ser instituidos herederos por testamento, porque se oponian las reglas del derecho, pero la dificultad no existia respecto al legado; además de que habria sido conveniente remediàrla por una excepcion formal si las necesidades de la práctica lo hubieran aconsejado. Ahora pasemos á la exposicion detallada del asunto.

A. Sucesion abintestato. El parentesco que forma la base de estas sucesiones, falta en las personas jurídicas; el antiguo derecho civil les prohibia tambien el patronato, y cuando hubo de concedérsele por una excepcion formal, se les permitió obtener sin dificultad alguna las sucesiones abintestato de sus manumitidos. á consecuencia del patronato, establecido primero para las comunidades y despues para las restantes personas jurídicas (§ 91, *e*). Otras corporaciones tenian el derecho de heredar á sus miembros, á falta de otros herederos, ó lo que es lo mismo, en el caso de que la sucesion hubiera de pasar al fisco (*a*).

B. Sucesiones testamentarias. Las comunidades, y con mayor razon aún las restantes personas jurídicas, fueron durante largo tiempo incapaces de esta clase de sucesion; incapacidad que Ulpiano explica diciendo que la adicion de la herencia resulta únicamente de la voluntad personal y de los actos de heredero, hechos imposibles para la persona jurídica, que no tiene otra razon de ser que una ficcion de derecho (*b*). Por una derogacion terminante de este principio, un

---

(*a*) Dirksen, p. 99.

(*b*) Plinio. Epíst. 7. «Nec heredem institui nec præcípere posse rempublicam constat.» Aún es más esplícito este texto: Ulpiano XXII, § 5. «Nec municipia, nec municipes heredes institui possunt: quoniam incertum corpus est, ut neque remere universi, neque pro herede gerere possuit, ut heredes fiant.» Sobre las palabras, nec municipia, nec municipes, véase § 87, *c*. El resto del pasage debe ser entendido así: para adquirir una *hereditas*, una ciudad deberia obrar por si ó hacerse representar; pues es de rigor que una *hereditas* no puede adquirirse por la mediacion de un representante ni áun del tutor (L. 65,

senado consulto permitió á las comunidades adquiriesen las sucesiones testamentarias de sus manumitidos (*c*). Despues de haber concedido á las comunidades las sucesiones abintestato de sus manumitidos, no se podia, sin inconsecuencia, rehusarla á las sucesiones testadas, no siendo el senado consulto sino la comprobacion y el desenvolvimiento natural d esta idea. En 469 el emperador Leon concedió por primera vez á las comunidades el derecho de aceptar toda clase de sucesiones testamentarias (*d*).

Otras corporaciones (collegia, corpora) no podian ser instituidas como herederos, y si algunas obtuvieron este derecho, hay que decir fué no como regla general, y sí como un privilegio individual (*e*); sin embargo, para estas corporaciones es necesario admitir, como para las comunidades, que han podido recibir sucesiones testamentarias de sus manumitidos desde que fueron admitidas á las sucesiones ab intestato. Cuando vemos, pues, en el Digesto una comunidad ú otra corporacion instituida heredero con la carga de pagar legados ó restituir un fideicomiso, se trata siempre de un tes-

---

§ 3, ad. Sc. Treb. XXXVI, 1; L. 5. C. de j. de lib. VI, 30); además, una ciudad no puede obrar directamente, porque teniendo una existencia ficticia ó ideal, no sabria tener la capacidad natural de un indivíduo (quoniam incertum corpus est) y desde este momento como unidad ideal (universi), no podia cumplir los actos necesarios para la adicion de la *hereditas* (cernere ó gerere). Sobre el sentido de la palabra *universi*, véase § 90, § 91, *t.* y nota *h.*—De ordinario se traduce *incertum corpus* por *incerta persona*, y se traduce por *neque... universi... possint*, la imposibilidad de que concurran todos los ciudadanos á sus actos; pero esta interpretacion debe ser rechazada por las siguientes razones: desde luego Ulpiano consideraria como idénticas dos cosas muy distintas; despues, las corporaciones no son *incertæ personæ* (véase más abajo nota *q*); y finalmente, la imposibilidad de hacer concurrir á todos los ciudadanos á la adicion de la herencia, no existe de ningun modo para una ciudad regularmente extensa; y si se tratara de una sucesion importante, se podria obtener el concurso de todos sin excepcion.

(*c*) Ulpiano XXII. § 5; L. un. § 1 de libertis univers. (XXXVIII, 3).

(*d*) L. 12. C. de hered. inst. (VI, 24).

(*e*) L. 8. C. de hered. inst. (VI, 24).

tamento hecho por un manumitido de estas corporaciones (*f*).

Los dioses, que en general estaban sometidos á la misma incapacidad, podian tambien ser relevados de ella por un privilegio especial (*g*), no pudiendo existir disposicion alguna sobre este punto posterior al cristianismo porque los dioses mismos fueron abolidos.

C.) *Bonorum possessio.* Aquí se nota idéntica dificultad que para la institucion de heredero, pero la solucion es más fácil; porque la *bonorum possessio* admite intermediarios, por ejemplo, el tutor sin el concurso personal de su pupilo (*h*). Tambien dicen formalmente muchos textos que las comunidades y otras corporaciones tienen capacidad para adquirir la *bonorum possessio* (*i*). De aquí se podria deducir que la introduccion de la *bonorum possessio* ha relevado en la práctica á las personas jurídicas de su incapacidad en cuanto á la institucion de heredero, porque no habria bastado reconocer la *bonorum possessio*; y el argumento empleado por Ulpiano (nota *b*) parece favorecer esta opinion. Sin embargo, y á pesar de esto, debe ser rechazada en absoluto: Ulpiano dice terminantemente: nec municipia nec municipes *heredes institui possunt*; cuyas frases no podrian conciliarse con la instituicion mantenida por medio de la *bonorum possessio*, tanto más, cuanto que el mismo Ulpiano habla de sucesiones tes-

---

(*f*) Estos son L. 66, § 7, de leg. (XXXI, un.). L. 6, § 4; L. 1, § 15, ad. Sc. Trib. (XXXVI, I). El último texto confirma de un modo notable el principio de que los derechos de la corporacion no pertenecen á los indivíduos que la componen; y, lo que dice es que una corporacion puede ser válidamente instituida heredero, con la carga de restituir por fideicomiso la sucesion á uno de sus miembros.

(*g*) Ulpiano, XXII, § 6.

(*h*) Esta distincion entre *hereditas* y *bonorum possessio*, se expresa claramente en la L. 65, § 3, ad. Sc. Trib. (XXXVI, I). Aquí se presentan además las mismas dificultades que para la *hereditas*: esto es lo que dice de un modo esplícito la L. un. § 1, de libertis univers. (XXXVIII 3) «movet enim quod consentire non possunt.» Acerca de la interpretacion de estas palabras, véanse los textos absolutamente análogos citados, § 91, *t*. y § 93, *b*, en donde se lee: *universi*... non possunt, pero en donde la adicion de la palabra *universi* no cambia en nada el sentido.

(*i*) L. 3, § 4, de bon. poss. (XXXVII, I).

tamentarias de sus manumitidos y de los fideicomisos, como medios para eludir la prohibicion, sin hacer mencion de la *bonorum possessio*; silencio inexplicable, si este hubiera sido un camino siempre abierto para el objeto indicado; además, la ley del emperador Leon no habria tenido interés práctico alguno.

Así, pues, Ulpiano establece el principio general de que, en su origen bastaba para rechazar toda institucion de heredero, pero no afirma que fuese el único obstáculo. Desde este momento, todos los textos que reconocian á las corporaciones la *bonorum possessio* (nota *i*), implican en el espíritu de sus autores un derecho sucesorio legítimamente fundado, y se refieren por necesidad á la sucesion abintestato ó testamentaria de los manumitidos de estas corporaciones. Por tanto, se concilian las contradicciones aparentes de los textos, añadiendo que, segun mi opinion, uno de los textos que admite la *bonorum possessio* se refiere expresamente á la sucesion de un manumitido (*k*): segun la ley de Leon (nota *d*), esta disposicion cesó de aplicarse á las comunidades.

D). Legados y fideicomisos á título singular. Durante largo tiempo las personas jurídicas fueron incapaces para recibirlos, bien que en las fórmulas del derecho no hubiere obstáculo alguno á su adquisicion; pero más tarde se autorizó á las ciudades para recibir legados (*l*), despues á los colegios y

---

(*k*) L. un. § 1, de libertis univ. (XXXVIII, 3).

(*l*) Por Nerva y con más extension por Adriano. Ulpiano XXIV, § 28: L. 117, 122 pr. de leg. (XXX, un.). Un ejemplo de esta capacidad se encuentra en Gayo II, § 195; véase tambien la ley 32, § 2 de leg. (XXX, un.); L. 77 § 3, de leg. (XXXI, un.). L. 5, pr. de leg. (XXXII; un.). L. 6; L. 21, § 3; L. 24, de ann. leg. (XXXIV, I). L. 20, § I, de alim. (XXXIV. I). L. 6. § 2, de auro, (XXXIV. 2). L. 8, de usu leg. (XXXIII, 2). L. 2, de reb. dub. (XXXIV, 5).—Plinio afirma, no obstante: ned *præcipere* posse rempublicam constat (nota *b*) y él vivia despues de Nerva. El modo más sencillo de interpretar este pasaje, es tomarlo á la letra y leer *præceptionis legatum* que las ciudades no podian recibir como inseparable de la *Institutio heredis* que se les negaba. Dirksen, p. 134, rechaza sin motivo esta interpretacion, y no vé en el texto de Plinio sino una prueba de la inobservancia de la ley dada por Nerva.

los templos (*m*), viniendo, por último, á conferir este derecho á los lugares un rescripto especial (*n*), pudiendo considerarse desde este momento como perteneciente á todas las personas jurídicas. Los textos antes citados, y principalmente el de Ulpiano (nota *l*), se expresan en términos tan absolutos, que la antigua prohibicion debia alcanzar toda clase de legados y no solo el *vindicationis legatum*. Si vemos, á pesar de esto, recibir legados al pueblo romano, su validez no procede de la forma empleada por el testador (per damnationem), que habria podido aprovechar igualmente á otros legatarios, sino del régimen administrativo del *ærarium*, cuyas adquisiciones no estaban sometidas á los principios rigurosos del derecho civil, motivo por el cual muchos reyes instituyeron tambien como heredero al pueblo romano (*o*).

E). Fideicomisos. Un Senado-consulto especial permitió á las ciudades recibir sucesiones en virtud de un fideicomiso (*p*): ya hemos visto (§ 88 *a* y 88 *b*) cómo los fideicomisos eran útiles á los colegios de sacerdotes.

Los autores modernos refieren, en su mayoría, estas restricciones de las personas jurídicas al principio general que antes de Justiniano declaraba á toda *incerta persona* inca-

---

(*m*) L. 20 de reb. dub. (XXXIV, 5). Senado-consulto dado bajo Marco Aurelio relativo á los colegios autorizados.—Aplicacion de esta ley á las decisiones de una ciudad determinada. L. 23, de ann. leg. (XXX, I), al colegio de un templo. L. 38, § 6, de leg. (XXXII, un.) Sobre los legados hechos al templo mismo, véase L. 20, § 1, de ann. leg. (XXXIII, I). L. 38, § 2, de auro. (XXXIV, 2).

(*n*) L. 73, § 1, de leg. (XXX, un.). Rescripto de Marco Aurelio.

(*o*) Dirksen p. 135, pretende que las ciudades pudieron en todo tiempo recibir los legados *per damnationem*, explicando así la validez de un gran número hechos á la república romana; pero añade que cuando el pueblo romano fué instituido heredero por diferentes reyes, su sucesion estaba fuera de las reglas del derecho civil y se regian por el *jus gentium*. En mi concepto, la posicion especialísima del *populus* (§ 101) explica la validez de las citadas instituciones de heredero como la de los legados sin consideracion al derecho de ciudad ó peregrinidad de los testadores.

(*p*) Ulpiano XXII, § 5: L. I, de libertis univ. (XXXVIII, 3) L. 26, 27, pr. ad. Sc. Trib.

paz de recibir una sucesion ó un legado, pero esta deduccion no es fundada. Se llama *incerta persona* la que el testador no ha tenido presente en su pensamiento como un individuo determinado y cuya designacion puede, segun las circunstancias, aplicarse á individuos muy diferentes (*q*). Ahora bien, la individualidad de la porsona jurídica está rigurosamente determinada y conocida del testador, y al abrigo de todo cambio fortuito. No sucederia lo mismo si un testador hiciese un legado divisible entre todos los individuos de una ciudad que existiesen á su muerte; pues entonces los legatarios serian verdaderamente *incertæ personæ*, porque el testador ignoraria quiénes serian los ciudadanos en la época de su muerte. Pero este caso se presenta muy difícilmente, porque si un legado es hecho á los *municipes* ó á los *cives* de una ciudad, *municipes* se toma por *municipium* (§ 87, *b*) y *cives* por *civitas* (*r*). Un texto de Ulpiano ha dado lugar á la opinion que combatimos; pero es por habérsele comprendido mal, siendo así que no es aplicable á las *incertæ personæ* (nota *b*).

Los principios que acabamos de exponer acerca de la capacidad de las personas jurídicas en materia de sucesion, son concernientes solo á las conocidas de los antiguos jurisconsultos. Bajo el imperio del cristianismo se establecieron reglas nuevas en favor de las fundaciones eclesiásticas, tomadas en el más ámplio sentido (pia corpora), y fueron declaradas hábiles para recibir toda especie de legados ó sucesion, sin que esta libertad ilimitada de testar aprovechase solo á las personas jurídicas, sino que todos los actos de última voluntad que tenian un carácter piadoso, fueron mantenidos sin consideracion á las reglas, todavía en vigor, sobre las *incertæ personæ*. Si, pues, un testador hace un legado á los pobres que existiesen en el momento de su muerte, estos pobres que evidentemente no forman corporacion y son *personæ incertæ*, reciben el legado como válido, aun mucho

---

(*q*) Si, v. g., se instituyen herederos ó legatarios los dos primeros cónsules nombrados despues de la confeccion del testamento. § 25, J. de legatis (II, 20).

(*r*) L. 2, de reb. dub. (XXXIV, I).

antes de las nuevas prescripciones de Justiniano sobre las *incertœ personœ* (*s*). El derecho canónico no se limita á confirmar las disposiciones favorables de los emperadores cristianos, y les ha dado extensiones diversas facilitando mucho esta clase de testamentos, dispensándoles de muchas formalidades legales (*t*). Si las legislaciones modernas, por razones políticas ó de economía política, han restringido frecuentemente las adquisiciones de manos muertas, estas restricciones no han formado nunca parte del derecho comun.

§ XCIV.—*Personas jurídicas.—Sus derechos.*

(Continuacion.)

VI.—Derecho criminal y obligaciones nacidas de un delito.

La cuestion de saber si las personas jurídicas pueden cometer delitos é incurrir en penas, ha sido vivamente controvertida. Muchos sostienen la negativa (*a*), y hé aquí su argumentacion: la persona jurídica debe su existencia á un privilegio concedido por la autoridad suprema; este privilegio no se le ha concedido sino para un fin justo; si, pues, comete un delito, deja de ser persona jurídica, y desde entonces no puede ser castigada como tal.

Otros sostienen la afirmativa, partiendo del principio de que la persona jurídica tiene la capacidad absoluta de derecho y de accion, sin que esta libertad de sus actos esté encadenada por ninguna restriccion (*b*). Ciertamente, se reconoce

---

(*s*) L. I, 26. C. de SS. eccl. (I. 2). L. 24, 49: C. de episc. (I, 3).

(*t*) G. L. Böhmer, Princ. j. canon., § 615. Eichhorn. Kirchenrecht, t. II, p. 765.

(*a*) Entre los autores modernos, citaré especialmente á Zachariæ, l. c. p. 88, Haubold. l. c. C. 4, § 15. Feuerbach, Criminal Recht, § 28, 12ª ed.

(*b*) Stieber en Haubold, Opuscula t. II, p. 73. Mühlenbruch, I, § 197. Sintenis, de delictis et pænis universitatum Servestræ 1825. Sin embargo, este último no entiende los delitos de las corporaciones, sino con relacion á los hechos comprendidos en el círculo de sus atribuciones; si, por ejemplo, una ciudad tiene derecho de acuñar moneda y las dos terceras partes de sus miembros ordenan batir moneda falsa (p. 28, 32).

que determinados delitos y penas no encuentran aquí su aplicacion; por esto nadie intentará acusar á una ciudad de adulterio, ni de bigamia á un hospital; del mismo modo que no se podria castigar con el destierro á una comunidad, ó con la prision á una iglesia ó á un hospicio: en cuanto á la pena de muerte, se la podria asimilar á la disolucion de la persona jurídica. Por lo demás, se observa con razon que estos casos de imposibilidad excepcional no destruyen el principio mismo de la aplicacion de los delitos y de las penas.

A los partidarios de la primera de estas opiniones se les puede contestar que su argumentacion prueba poco; porque cuando á un extranjero, por ejemplo, se le autoriza para establecerse en un Estado, prestando juramento de obediencia á las leyes, todo delito que él comete es contrario á la ley de su admision; y, sin embargo, no pierde su personalidad ni ménos deja de ser responsable. En presencia de este argumento, podria aún deducirse que una persona jurídica nunca puede considerarse como reo, porque toda acusacion supone siempre en la persona del acusado una violacion del derecho, que, en la hipótesis presente, seria contraria al privilegio constituvo de la persona jurídica. No obstante, esta opinion es la sola fundada, y aun la argumentacion que combato no tiene más tampoco que un elemento de error; pues que la verdad de esta opinion descansa en la naturaleza del derecho criminal, combinada con los caractéres esenciales de la persona jurídica.

El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, un sér libre, inteligente y sensible: la persona jurídica por el contrario, se encuentra despojada de estos caractéres, siendo solo un sér abstracto capaz de poseer, y que el derecho criminal no podria mezclarse en su esfera de accion; la realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes que, en virtud de una

---

Esta restriccion parece poco consecuente: si la mayoría de los dos tercios puede obligar á la ciudad, ¿por qué la ciudad no ha de ser acusada de robo, si esta mayoría habia ordenado un robo en provecho de la misma?

ficcion, son consideradas como sus propias determinaciones; y una representacion parecida, que excluya la voluntad propiamente dicha, puede tener efecto en cuanto al derecho civil, nunca en cuanto al penal.

La capacidad de la persona jurídica para ser perseguida en juicio, bien que toda accion suponga una violacion de derecho, no implica aquí ninguna contradiccion: esta especie de violacion del derecho tiene una naturaleza puramente material, que, en la mayor parte de los casos, y áun en los más importantes, no atañe á la conciencia. Las acciones del derecho civil están destinadas á conservar ó restablecer los verdaderos límites de las relaciones individuales jurídicas; y para las personas jurídicas que tienen capacidad para la propiedad esta necesidad existe, pues, como para las personas nuturales. No hay inconsecuencia, por tanto, como se pretende, en decir que la persona jurídica puede sufrir en razon de un delito, y no puede cometerlo por sí. Desde que la propiedad existe, la de la persona jurídica no es dudosa, ella puede ser violada, sea cualquiera de otra parte el propietario, un sér ficticio ó bien un sér inteligente y libre. La misma accion de injuria pertenece á la persona jurídica, porque aquí la personalidad se pone más bien en juego que el sentimiento herido.

Los delitos que hay la costumbre de imputar á las personas jurídicas, se cometen siempre por sus miembros ó por sus jefes, es decir, por personas naturales, é importa poco que el interés de la corporacion haya servido de motivo ó de fin al delito. Si, pues, un magistrado municipal, por un celo mal entendido roba á fin de enriquecer la caja de la comunidad, él no es personalmente ménos ladron; y castigar la persona jurídica como culpable de un delito, seria violar el principio fundamental del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado.

El error de los que creen los delitos imputables á las personas jurídicas, procede de dos causas; primeramente atribuyen á las personas jurídicas una capacidad absoluta de poder que no tienen realmente; y esta capacidad ficticia no excede del objeto de su institucion, que es hacerle participar del derecho de bienes. Para conseguirlo, es indispensable la capacidad de los contratos, de la tradicion, etc., pero no la perpetracion de un delito; porque seria, por el contrario,

mucho más útil el goce de dichos bienes, si su marcha general no fuera interrumpida por los delitos. La falsedad de esta opinion se muestra tambien bajo un segundo respecto: si las personas jurídicas tenian la capacidad absoluta del derecho y de la voluntad, serian igualmente capaces de las relaciones de familia; y una corporacion podria, por ejemplo, adoptando un hospiciano, ejercer sobre él los derechos correspondientes á la patria potestad. Si el hecho es imposible, depende todo únicamente de que las relaciones de familia están colocadas fuera de la esfera para la cual ha sido creada la ficcion de la persona jurídica; que es donde se encuentra el elemento de verdad de que me hacia cargo al combatir la argumentacion antes citada.

La persona jurídica, se dice, no puede cometer delitos, porque cuando esto acontece no obra como tal persona; y esta afirmacion es verdadera, no porque dicho modo de actividad sea ilícito, sino en tanto que es extraño á la esencia y al destino especial de la persona jurídica.

La segunda causa de error procede de confundir la persona jurídica con sus miembros, confusion contra la cual el derecho romano nos pone en guardia por multitud de aplicaciones particulares (§ 86). La influencia de este olvido se muestra principalmente en que no se admite la capacidad de los delitos para todas las personas jurídicas; así se admite para las corporaciones y no para las fundaciones, bien que esta distincion ordinariamente no se expresa. Sin embargo, si las personas jurídicas pueden cometer delitos, la capacidad absoluta de su voluntad las iglesias y los hospicios representados por sus jefes la tienen igualmente. Esta contradiccion se explica en el sentido de que los actos de la mayoría de los indivíduos de una ciudad ó de los miembros de una corporacion, pasan más fácilmente como actos de la ciudad ó de la corporacion; ó, en otros términos, esta inconsecuencia procede de la confusion ya señalada de la corporacion y de sus miembros.

Una comparacion hará resultar mejor aún la verdad de los principios que exponemos. Los enajenados y los impúberos tienen, como las personas jurídicas, la capacidad de derecho sin la capacidad natural de obrar, y hé aquí por qué se les niega una voluntad artificial y no delegada en la persona de sus representantes. En unos y otros existen los mismos mo-

tivos para dar á esta voluntad ficticia una extension ilimitada, y castigar desde entonces en la persona del pupilo los delitos de su tutor, si los comete en calidad de tal; si, por ejemplo, verifica un robo ó un fraude en interés de su pupilo. En este caso nadie, que yo sepa, ha sostenido la posibilidad de un delito por representante, y sin embargo, establecer á este respecto una distincion entre la persona jurídica y el pupilo, es una inconsecuencia evidente.

XCV.—*Personas jurídicas. Sus derechos.* (Continuacion).

Hemos hablado de los delitos y de sus consecuencias en el derecho criminal, y lo dicho es aplicable en un todo á las obligaciones nacidas de un delito, por cuya razon hemos diferido ocuparnos de ellas al tratar de las obligaciones en general (§ 92). Todo delito verdadero implica *dolus* ó *culpa*; por consecuencia la voluntad y la responsabilidad, y desde este instante no puede imputarse más á las personas jurídicas que á los impúberos é incapacitados.

No sucede lo mismo con el *dolus* ó la *culpa* cometidos por los representantes de la persona jurídica en uno de sus contratos; entonces, se trata de una modificacion inseparable de la obligacion principal y la voluntad de la persona jurídica es tan indiferente como la de una persona natural cuyo apoderado hubiese cometido en un contrato dolo ó una falta cualquiera.

Establecido que no cabria imputar crímen ni delito á las personas jurídicas, añado que los crímenes y los delitos de sus jefes ó de sus miembros pueden llegar hasta ellas de dos modos distintos, y pareceria, siendo estos efectos indirectos, que dichos actos en sí mismos eran imputables á la persona jurídica: veamos de reconocer, pues, estos efectos y de evitar así la reproduccion de errores sobre la cuestion.

Seguramente, las corporaciones que tienen carácter político, como las comunidades, pueden sufrir un tratamiento parecido á una pena, si bien esencialmente distinto en sí: concebimos que una ciudad culpable de traicion sea destruida y desaparezca como corporacion ó que pierda sus privilegios y distinciones honoríficas. Del mismo modo, sucede tambien en la guerra que se retira algunas veces á un regimiento su bandera hasta que se hace digno de recobrarla por su con-

ducta. Pero son estos actos políticos que emanan del soberano y no del juez; destinados á producir una gran impresion sobre los culpables y los extraños y el mal que de ellos resulta alcanza tanto á los inocentes como á los culpables, lo cual no sucede nunca cuando se trata de una pena verdadera decretada por un juez. Tienen más bien analogía con la supresion de una corporacion que llega á ser contraria al interés público y á la cual el Gobierno retira su autorizacion (§ 89); medida que la autoridad puede tomar sin que se haya cometido ningun delito.

Además, al lado de la *obligatio ex delicto*, se coloca de ordinario una obligacion distinta, *obligatio ex re*, *ex eo quod aliquem porvenit* y aplicable á las personas jurídicas como á los impúberos. Si, pues, el jefe de una corporacion comete un fraude en el ejercicio de sus funciones, él solo es responsable del *dolus;* pero la caja de la corporacion debe devolver la suma con cuyo fraude se ha enriquecido. Es necesario advertir respecto á las multas del procedimiento, que no son penas verdaderas, y sí antes bien gastos necesarios al mecanismo especial de esta esfera del derecho; y las personas jurídicas deben someterse á dichas multas si quieren participar en los beneficios de un proceso (*a*).

Pasamos ahora á las disposiciones del derecho positivo sobre esta materia, que hasta el presente ha sido tratada segun los principios generales sobre la naturaleza de las personas jurídicas. El derecho confirma la doctrina expuesta; y un texto dice expresamente que la *actio doli* no puede ser intentada contra una comunidad, porque dada su naturaleza, es incapaz de *dolus*; pero que si se ha enriquecido por el fraude de sus administradores debe restituir la suma de la cual hubo de aprovecharse. La *actio doli* se dirige contra los autores del fraude, y así, por ejemplo, entre los decuriones nominalmente (*b*).—El poseedor de un inmueble violentamente desposeido de él en nombre de una comunidad, obtiene contra ella el interdito *de vi*, si detiene todo ó parte del inmue-

---

(*a*) Haubold, l. c. p. 604.
(*b*) L. 15, § I, de dolo (IV, 3). Véase § 87, *g*.

ble (*c*). Otro texto existe, si bien no tan explícito: el que se vé obligado por amenazas á realizar un acto jurídico contra sus intereses tiene le *actio quod metus causa* para hacer que se anule. Ulpiano añade en el mismo libro del comentario sobre el Edicto en donde declara á las corporaciones incapaces de *dolus:* «cualquiera que sea el autor de la amenaza, un indivíduo, un *populus, curia, collegium*;» y en apoyo de esta opinion cita el ejemplo siguiente: los ciudadanos de Cápua habian arrancado á un indivíduo una promesa escrita (*cautio pollicitationis*); en su virtud, éste tenia á su eleccion una accion ó una excepcion contra la ciudad (*d*), siendo en este caso ejercida evidentemente contra la corporacion misma, lo cual procede de que esta accion puede intentarse no solo contra el autor de la violencia, sino contra los terceros que estuvieren en situacion de reparar el daño (*e*). Aquí la ciudad de Cápua era precisamente este tercero, porque en virtud de la *pollicitatio*, violentamente obtenida, tenia ella como corporacion un crédito válido *ipso jure*, y el indivíduo, víctima de la violencia, tenia necesidad de una excepcion para rechazar la accion de la ciudad, y de una accion para promover la nulidad de su deuda *ipso jure*. (*f*). Sin embargo, en ninguna parte se sienta el principio de un modo tan preciso como en una ley de Majoriano que prohibe perseguir en todo caso á la curia en su unidad, y al mismo tiempo autoriza el proceso de los miembros culpables (*f'*).

(*c*) L. 4, de vi, (XVIII, 16). «Si vi me dejecerit quis nomine municipum, *in municipes* mihí ínterdictum reddendum Pomponius ait, *si quis ad eos pervenit*.» Ya he demostrado que la expresion *municipes*, designa siempre la corporacion misma, § 87, *b*, *c*.

(*d*) L. 9, § 1, 3, quod metus (IV 2).

(*f*) Acerca de los casos en que las promesas dan lugar á una accion comp. L. 1, 3, 4, 7 de pollicitat. (L. 12). Una promesa hecha por temor es válida *ipso jure*, y no puede anularse sino *per exceptionem*. J. de except. (IV, 13).

(*f'*) Nov. Majoriani tít. 7 (en Hugo, jus civile antejust. p. 1.386, § 2): «Nunquam curiæ á provinciarum rectoribus generali condemnatione mulctentur, cum utique hoc et æquitas suadeat et regula juris antiqui, ut noxa tantum caput sequatur, ne propter unius fortase delictum alii dispendiis affligantur.»

En el curso de la historia romana vemos más de una vez ciudades sometidas á un tratamiento riguroso, siendo uno de los ejemplos más notables la de Cápua que abandonó á Roma durante la segunda guerra púnica, y cuando se restableció la dominacion romana, no solo fueron ejecutados sus habitantes principales, sino que la ciudad perdió por completo su constitucion muninipal (*g*). Este castigo y todos los de su género que podrian citarse, era evidentemente un acto político y no la aplicacion del derecho penal por el poder judicial.

Una ley del emperador Federico II, derogando los principios del derecho romano, manda que toda comunidad culpable de exacciones para con una iglesia, restituirá el triple de su valor y será puesta en el bando ó edicto de la Iglesia, si este no es revocado en el año que fuese puesta en el edicto imperial (*h*). Dicha ley, que castiga una corporacion como criminal, es ciertamente una ley errónea.

El derecho canónico no opina así en la cuestion que nos ocupa. El Papa Inocencio IV, conformándose al derecho romano, prohibia poner en el edicto de la Iglesia ninguna corporacion y no sometió á esta pena más que á los miembros individualmente culpables (*i*). Posteriormente el pontífice Bonifacio VIII se hubo de apartar de estos principios, y en un caso especial de persecucion contra los eclesiásticos, amenazó á las corporaciones mismas con el interdicto (*k*).

En Alemania muchas leyes imperiales amenazan tambien á las corporaciones con multas pecuniarias, y con la pérdida de sus privilegios ó libertades (*l*); pero estas leyes no hablan sino de crímenes contra la seguridad y el reposo del Imperio, tales como la violacion de la paz, confederacion ó conspiracion, poniendo en una misma línea á las ciudades que á los príncipes. Son estas además medidas políticas que toma el imperio frente á frente de sus miembros, si bien se-

---

(*g*) Livio liv. 26. C. 16.

(*h*) Auth. *Item nulla et item quœqunque*. C. de episc. (I. 3),

(*i*) C. 5. de sent. excommunicat., in VI (V, 11).

(*k*) C. 4 de censibus, in VI (III, 20).

(*l*) Aurea bulla. C. 15, § 4.—Acta de pacificacion de 1848. tít. 2, tít. 14, tít. 29, § 4.—Ordenanzas de la Cámara imperial de 1555, II, 10, § 1.

gun la constitucion germánica, tales medidas tenian la forma de una pena, y eran decretadas como tales por los tribunales del imperio. Estas leyes no expresan nada sobre la cuestion de saber si las corporaciones, independientemente de dichas relaciones políticas, pueden incurrir en penas.

Finalmente, no ha existido sobre este punto una práctica uniforme en Alemania, pareciendo la mayor parte de los casos especiales y los de mayor importancia referirse antes á medidas políticas que á una aplicacion del derecho criminal, lo cual confirma cuanto acabo de decir sobre el contenido de las leyes imperiales (*m*).

§ XCVI.—*Personas jurídicas.—Su constitucion.*

Para realizar la idea de la persona jurídica, es necesario crear una representacion que supla de una manera artificial su incapacidad de obrar, pero solo en la esfera del derecho de bienes. Resulta esta representacion de la constitucion (§ 90); pero como las personas jurídicas son siempre creadas para otros fines frecuentemente más importantes que la capacidad del derecho privado y que piden ser regulados por la constitucion, los órganos generales de la persona jurídica le representan al mismo tiempo en aquella esfera. Entre los romanos, este género de representacion podia, en parte, efectuarse de otro modo; si una persona jurídica tiene la propiedad de un esclavo, este le servia para adquirir el dominio y áun los créditos, segun los principios rigurosos del antiguo derecho civil (§ 65), limitándose á esto la representacion. Así, ella excluia las enagenaciones y las obligaciones, y, por consecuencia, los contratos más importantes y numerosos que, como la venta, v. g., consisten en dar y recibir recíprocamente; excluiré, además, los actos de procedimiento ante el juez, y, en fin, la alta direccion de los negocios no admitiendo sino la ejecucion de pormenores. No obstante, esta representacion tenia una grande importancia, pues permitia á las personas jurídicas adquirir directamente la propiedad por medio de actos solemnes, lo que de otro modo de ninguna manera habria sido posible.

(*m*) Síntenis, p. 60, sig. refiere las decisiones judiciales.

En presencia de la extremada diversidad de personas jurídicas, seria una empresa estéril intentar determinar los principios positivos de constitucion que fueran aplicables á todas; pero se puede afirmar en general que están colocadas en la misma línea que los menores, bajo la proteccion y vigilancia del Estado. Para un gran número de personas jurídicas, allí se detiene su influencia, porque no hay más interés en su existencia que en la de las personas naturales propietarias. Frecuentemente tambien las personas jurídicas tienen un interés para el Estado, superior é inmediato, porque responden á necesidades generales y permanentes, ó porque forman parte integrante del Estado mismo: las comunidades, por ejemplo. Como en los tiempos modernos la centralizacion del poder está desenvuelta en general y afirmada, esta doble influencia del Estado sobre las personas jurídicas tiene en nuestros dias resultados más notables y numerosos que entre los romanos (*a*). El Estado ejerce tambien otra clase de accion sobre las personas jurídicas, una accion negativa, reprimiendo á las corporaciones perjudiciales ó peligrosas. Esta represion era, áun en Derecho romano, más enérgica y extendida que al presente, habiendo ya (§ 88) dado algunos pormenores históricos sobre la legislacion romana en esta materia.

Hechas las consideraciones generales que preceden, paso á las prescripciones del Derecho romano sobre la constitucion de los personas jurídicas. Los jurisconsultos romanos tenian un espíritu demasiado práctico para asentar reglas generales que, vista la gran diversidad de las personas jurídicas, habrian tenido una aplicacion muy limitada. Por lo demás, todo cuanto encontramos en sus escritos se refiere, no á la totalidad de las personas jurídicas, ni tampoco á todas las corporaciones, sino á las comunidades solas, es decir, á los municipios y á las colonias de Italia, y más tarde á las ciudades de las provincias. Las ciudades italianas tenian desde el tiempo de la República una constitucion muy semejante á la de Roma: aquí, como en Roma, el poder supremo se dividia entre la Asamblea del pueblo, el Senado y los ma-

(*a*) Eichhorn, Deutsches Peivatrecht, § 372.

gistrados. Bajo los emperadores perdió el pueblo bien pronto su poder y la soberanía se concentró en manos del Senado (*ordo* ó *curia*) cuyos magistrados eran mirados como parte integrante (*b*); y á contar desde aquí la condicion de las ciudades en Italia y en las provincias se hizo cada dia más semejante, cuya organizacion existente ya en tiempo de los jurisconsultos clásicos, es la que hallamos en la legislacion de Justiniano. Sus bases principales son las siguientes: el *ordo* es la sola autoridad ó el solo depositario de la autoridad pública; pero siendo necesaria para la validez de sus deliberaciones la presencia de sus miembros en mayoría de dos terceras partes, las cuales representan al *ordo* todo entero, sin que pueda exigirse en mayor número, no ya la totalidad, porque la oposicion de muchos decuriones impediria el curso de los negocios. Si esta mayoría no está presente, no obran como *ordo* y no pueden dar decretos válidos (*c*). En las reuniones ó asambleas ordinarias del *ordo* las determinaciones se tomaban por mayoría de los miembros presentes (*d*).

(*b*) Savigny, Historia del derecho romano en la Edad media, t. I, 18 y 87.

(*c*) L. 2, 3, de decretis ab ordine faciendis (L. 9). «Illa decreta, quæ *non legitimo numero decurionum coactó*, facta sunt, non valent.»—Lege autem municipali cavetur, *ut ordo non aliter habeatur, quam duabas partibus adhibitis*. «L. 46, C. de decur. (X. 31) (es decir, L. 142, C. Th. de decur. XII, I.)»... Ne paucorum absentía... debilitet *quod a majore parte ordinis* salubriter fuerit constitutum; cum *duæ partes ordinis* in urbe positæ, *totius curiæ instar* exibeant.» Las últimas palabras prueban claramente que las dos terceras partes de los miembros, son consideradas como *toda* la curia, *todo* el órden.

(*d*) L. 46, C. de decur. (nota *b*). «A *majore parte* ordinis,» L. 19. ad municip. (L. I). *Quod major pars curiæ* effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint.» (Segun el texto citado en la nota *b*, se llama curia el conjunto de las dos terceras partes de los miembros).—L. 2, 3, C. de præd. decur. (X. 33). «Totius *vel majoris partis* intercedente decreto,» —«curialium, *vel majoris partis curiæ*.» L. 19, pro de tutor. et curat. (XXVI. 5). «Ubi absunt hi qui tutores dare possunt, decuriones jubentur dare tutores: *dummodo major pars conveniat* etc.» La palabra *conveniat* es equívoca: tomada á la letra (congregarse), estaria en contradiccion con el texto citado en la nota *b*, que exige la presencia de los dos tercios de los miembros; en sentido figurado se dice tambien

La regla que los textos citados contienen en términos generales para los negocios públicos de la ciudad, se aplica especialmente al nombramiento de un *actor* encargado de representar la ciudad en justicia. En este caso, es necesario igualmente la presencia de los dos tercios en las discusiones, y el nombramiento se hace por la mayoría de los miembros presentes (*e*).

§ XCVII.—*Personas jurídicas.—Su constitucion.*
(Continuacion.)

Sobre la constitucion de las corporaciones, no de las personas jurídicas en general, los autores modernos asientan los principios que siguen. La corporacion se compone de los miembros existentes en una época determinada; la voluntad, no solo de todos los miembros, sino de la mayoría, expresa la de la corporacion, y desde este momento el sujeto verdadero de los derechos de la misma. Esta regla, fundada en el derecho natural, porque exigir la unanimidad seria embarazar los actos y voluntades de la corporacion, es conservada por el derecho romano, lo que puede probarse citando los textos relativos á las deliberaciones de los decuriones (*a*).

(acordarse?) y entonces significa que la decision debe tomarse por mayoría de votos.

(*e*) L. 34, quod cuj. un. (III, 4)...«Nissi... *ordo* dedit, cum *duæ partes adessent*, aut amplius quam duæ.» Aquí la curia obra todavía válidamente, si las dos terceras partes de sus miembros están presentes. Un autor moderno comprende así la ley que ordena la reunion de dicha mayoría; piensa que las decisiones deben ser tomadas en mayoría, no de los miembros presentes, sino de todos; y que esta presencia de los tercios llevaba consigo grandes inconvenientes (Lotz, p. 115-120). Esta opinion está refutada por las palabras de los textos citados antes; además de que los negocios corrientes de la administracion, de los cuales se ocupaba la curia, exigian una decision, y una mayoría que no fuera la de los miembros presentes; sería tan poco natural y concebible como si se tratara de un tribunal en los tiempos modernos.

(*a*) Zachariæ, p. 63, 64. Thibaut. p. 389, 390 y Pandectenrech. § 132, Haubold C. 3, 2.—Ya he citado (§ 92, *o*) una aplicacion particular de este principio, el juramento judicial.

El principio general, conforme al derecho natural y reconocido por el romano, se dice que está modificado para las necesidades de la práctica por una disposicion de la ley romana que no exige la mayoría de todos los miembros de la corporacion, sino la mayoría de los presentes en una Asamblea ordinariamente convocada, con tal, sin embargo, de que las dos terceras partes asistan (*b*).

En el exámen de esta doctrina comenzaria por la parte á la cual es necesario reconocer una verdad relativa; quiero hablar del poder de las mayorías. En una Asamblea deliberante no es imposible obtener la unanimidad, porque ella se exige en las del jurado en Inglaterra; pero es tan difícil de alcanzar y procede de tantas circunstancias accidentales, que una condicion de esta clase embarazaria el movimiento y la vida de la Asamblea, por lo cual se ha considerado suficiente considerar la voluntad del mayor número como la de todos. Pero una vez admitido el principio, nada más fácil que atribuir este derecho á la mayoría sencilla, es decir, á la mayoría de la mitad de los votos más uno: toda otra proporcion, tal como la de tres cuartas partes ó seis sétimas, tiene un carácter esencialmente arbitrario, que habria exigido una ley positiva para hacerla adoptar generalmente. Así es como el derecho romano consideraba el asunto, porque estableció el predominio de la mayoría, no solo para las Asambleas de decuriones (§ 86), sino para las de *provinciales* (*c*), existiendo además un texto que parece asentar este principio de un modo absoluto, bien que en la obra original, de donde este fragmento está sacado, el autor no puede tener presente más que una aplicacion particular (*d*).

Pero no se puede conceder á esta doctrina sino un grado de verdad parcial, sin que esto pruebe nada en cuanto á su verdad general: se debe negar la omnipotencia atribuida á la

---

(*b*) Thibaut, Pandectenrecht. § 131, Mühlenbruch, § 197.

(*c*) L. 5, C. de legation. (X, 63). Se hallan otras aplicaciones parecidas del sistema de la mayoría. L. 3. C. de vend. reb. civ. (XI, 31). (Véase § 100, *h*) y Nov. 120. C. 6. § 1, 2.

(*d*) L. 160, § 1 de R. J. (L. 17). «Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem.» Comp. Haubold p. 563.

totalidad de los miembros de la corporacion, y á la mayoría como su representante natural. Puede parecer extraordinario rehusar á la totalidad, lo que en parte se concede á la mayoría; y, sin embargo, la distincion está razonada y no es en manera alguna inconsecuente. Si se admite la autoridad de las decisiones que toma la mayoría, es que se reconoce á la Asamblea misma el derecho de tomar las decisiones que le conciernen, puesto que todos los miembros reunidos de una corporacion tienen un poder ilimitado para estatuir sobre sus intereses: hé aquí precisamente lo que yo contesto.

Los partidarios de esta doctrina oponen la mayoría á la unanimidad, como si estuviéramos obligados á elegir entre estas dos alternativas, y no tuviera la cuestion otras y más importantes. La base fundamental de esta doctrina es la confusion, siempre reconocida, de los miembros reunidos de la corporacion con la corporacion misma, confusion contra la cual el derecho romano nos precave tan frecuentemente cuándo determina el sujeto verdadero de los derechos de la corporacion (§ 86), de sus actos (§ 90, § 91, *t.* § 93, *b*, *h*.). Por último, este sistema supone gratuitamente que la constitucion de todas las corporaciones está fundada sobre la democracia pura; es la doctrina de la soberanía del pueblo, traida del derecho público al derecho privado y aplicada á las personas jurídicas.

Hé aquí ahora los puntos esenciales que se olvidan por el solo hecho de fijar la cuestion entre estos términos: la mayoria y la unanimidad.

Hemos visto (§ 86) que hay diferentes clases de corporaciones: muchas, creadas para un fin independiente de su personalidad en derecho (§ 96), tienen una constitucion artificial y encierran en su seno órganos diversos de la autoridad pública. Si, pues, se atribuye un poder ilimitado á la totalidad de los miembros, opuestos á estos órganos del Gobierno establecidos por la Constitucion, es necesario no tener cuenta ninguna de los ulteriores ó considerarles como agentes secundarios de la administracion corriente; suposiciones de igual modo gratuitas y que nada justifican. Para explicarlo mejor citaré como ejemplo una clase de corporacion muy numerosa é importante, y es la constitucion municipal que existe en todas las ciudades de Alemania, cuyo orígen es muy antiguo y que divide el poder entre un burgomaestre, un Sena-

do y una representacion de los ciudadanos, diferentemente organizada segun los diversos lugares. Los partidarios de la opinion que combato deben admitir que, en las ciudades de Alemania, el burgomaestre, el Senado y la representacion de los vecinos, tienen poderes administrativos limitados y subordinados al poder supremo de la totalidad de los ciudadanos. En un parecido sistema, la cuestion de saber si las deliberaciones de la comunidad deben ser tomadas por unanimidad ó mayoría, ofrece solo un interés secundario. Para dar á esta doctrina alguna consistencia y hacerla probable, se habrian debido exceptuar las corporaciones que tienen una constitucion artificial y no aplicarla sino á otras, habiendo además para conseguirlo palabras á propósito y técnicas, como las de *universitas ordinata* ó *inordinata* (§ 86); pero por olvidar su empleo, se ha afirmado el principio de la omnipotencia de los miembros para todas la corporaciones. Esta aplicacion de un principio erróneo no podía llegar á la vida real y corromper la práctica, porque las corporaciones constituidas encontraban naturalmente en su vida una fuerza de resistencia eficaz; pero hay otras aplicaciones que la opinion sola de los tribunales, colocados bajo la influencia de una falsa teoría, bastaria para traducirla en hechos.

Otro punto del que no hace caso esta teoría, es la distincion entre los miembros en general y los pertenecientes á diferentes clases reconocidas por la constitucion y gozando de derechos particulares. En las comunidades rurales de una gran parte de Alemania, se encuentra labradores, semilabradores, y á su lado propietarios más pequeños aun y simples domiciliados. Estas divisiones de importancia y que naturalmente deben influir sobre la expresion de las voluntades de la corporacion, desaparecen desde el momento que se les atribuye á todos los miembros una existencia puramente numérica que lleva consigo la igualdad absoluta de los individuos.

Finalmente, un tercer punto que olvida esta doctrina es distinguir la totalidad de los miembros de una corporacion existentes en una época dada, y la corporacion que persiste siempre la misma, á pesar del cambio de sus individuos (§ 59). Aquí tocamos una materia sumamente controvertida en derecho público como en derecho privado, que ha dado lugar á opiniones muy discutidas de una y otra parte.

La generacion presente tiene sus reivindicaciones legítimas, y no es preciso que sea formalmente encadenada á las voluntades del pasado ó sacrificada á los intereses del porvenir; pero debe ejercitar con prudencia y moderacion su imperio pasajero sobre los bienes y las instituciones durables, y no agotar los recursos de las generaciones futuras por caminos estrechos y egoistas. La opinion que combato, concede á la generacion presente un poder ilimitado sin consideracion alguna al porvenir; y si procuramos apreciar las consecuencias posibles y probables de esta doctrina relativas al último de los puntos que acabo de examinar, nos aparecerán como más ó ménos peligrosas segun las circunstancias: más, si se trata de las comunidades, á causa del lugar que ocupan en el Estado; ménos, porque el interés de su propia conservacion, que está casi siempre en los negocios de la comunidad, impedirá frecuentemente á los miembros tomar determinaciones perjudiciales á la comunidad, garantía que, al ménos en el mismo grado, no existe para las corporaciones industriales.

Hasta aquí he hablado de la omnipotencia pretendida de los miembros de la corporacion; pero la doctrina que combato encierra un error, no tan peligroso, cierto, y que consiste en exigir para la validez de las deliberaciones de la corporacion la presencia de los dos tercios de todos los miembros que la componen, invocando siempre los textos del derecho romano ya citados (§ 96, *c*, *e*), sin reflexionar que ellos son doblemente inaplicables á la cuestion. Ante todo, no hablan de las corporaciones en general, sino solo de las comunidades; y además, y esto es mucho más importante, no se trata aquí de dos terceras partes de los miembros de la corporacion, sino de los decuriones, es decir, de una Asamblea representativa en el seno de una *universitas ordinata*, en tanto que todos los propietarios de inmuebles en el territorio de la ciudad (possessores) eran realmente miembros de la corporacion (*e*). Aquí tambien habria sido conveniente exceptuar

---

(*e*) Savigny, Historia del derecho romano en la Edad Media, t. I, § 21.—Autores modernos han reconocido y refutado la primera de estas equivocaciones, pero no hablan de la segunda, aun cuando es más importante. Lotz, p. 119; Kori p. 3-5.

de estas pretendidas reglas la *universitas ordinata* y, de hecho, la práctica se ha defendido por sí misma de esta falsa teoría. Así, aún cuando todos los autores miran la presencia de las dos terceras partes de los miembros como obligatoria para todas las corporaciones en las ciudades de Alemania, esta ley no se observa ni aun para la representacion de los vecinos, ni para el Senado de la ciudad, bien que este fuese el caso de aplicar por analogía los verdaderos principios del derecho romano.

Si se procura determinar rigurosamente lo que se ha conservado en la práctica de la regla de las dos terceras partes de los miembros, se ve que se aplica únicamente al nombramiento de un procurador por las comunidades rurales, cuya organizacion ha sido siempre muy imperfecta y que pertenece á las *universitates inordinatæ*. Los dos tercios de los miembros deben estar presentes para el nombramiento de un procurador por las comunidades rurales, y esta operacion se llama ordinariamente constitucion de un sindicato *(f)*. fraseología que se aleja de la verdadera fraseología romana.

§ XCVIII.—*Personas jurídicas.—Su constitucion.* (Continuacion.)

Voy ahora á trazar el círculo en el cual se despliega la actividad de las personas jurídicas, y esto hará resaltar

(*f*) Para la creacion de un sindicato, la mayoría de los autores modernos exigen la presencia de las dos terceras partes de los miembros si se trata de una *universitas inordinata* (un lugar, una corporacion de artesanos); pero si fuera de una *universitas ordinata* (una ciudad, una universidad), sus jefes solo tienen derecho de nombrar un procurador que los represente en juicio. Glück t. V, § 413; Martin, Procesz, § 78, II ed. Esta teoría puede ser buena como expresion de la práctica moderna, pero no como conforme al Derecho romano, porque la curia, única para quien el Derecho romano exige el concurso de las dos terceras partes de sus miembros, pertenece á una *universitas ordinata*. Struben, Bedenken I. Núm. 80, dice, que la creacion de un sindicato es la sola operacion para la cual era necesaria la existencia de las dos terceras partes de los miembros; en Derecho romano, es evidentemente inexacto. Los romanos llamaban *syndicus*, á aquel á quien una ciudad daba una procuracion general para sostener sus procesos: si estaba simplemente encargado de un negocio particular, se llamaba *actor*.

más todavia la influencia de las teorías opuestas sobre la constitucion. Esta actividad puede tener por objeto la administracion de los negocios corrientes ó de actos propios á modificar la condicion de la persona jurídica ó sus bienes; pero ambas clases de hechos no se distinguen profundamente, teniendo entre sí muchos puntos de contacto.

En cuanto á los negocios corrientes de la corporacion, como su importancia es secundaria, por más que exijan una solucion inmediata y se presenten frecuentemente, se regulan casi siempre segun las formas establecidas por la ley ó por el uso, y desde este momento la influencia de las teorías se halla disminuida, sino que excluida por completo *(a)*. Entre dichos asuntos administrativos pueden citarse desde luego los gastos é ingresos ordinarios, la renovacion de las maderas de los inmuebles y el nombramiento de los jefes y empleados. Se podria añadir tambien la recepcion de nuevos miembros *(b)* y los procedimientos judiciales. Sin embargo, los negocios litigiosos pueden, segun las circunstancias, ser muy difíciles y delicados; tambien las leyes modernas prohiben frecuentemente á las comunidades rurales intentar un proceso sin la autorizacion del gobierno (§ 100).

No sucede lo mismo con las medidas que tocan á sus intereses permanentes, por que pueden perjudicar la marcha de la corporacion y áun comprometer su existencia. Los actos de esta naturaleza no son indispensables ni periódicos, sino que se presentan pocas veces, y áun puede ser que una sola; ni tampoco hay ley ni costumbre que pueda servirles de regla. Todos estos motivos reunidos dan, en parecidas materias, una gran influencia á una teoría dominante, influencia cuyos resultados son importantes y sérios. Hé aquí los principales casos de este género:

1.° Creacion de nuevos estatutos, que pueda tener la ac-

(*a*) Kori p. 23-25, observa con razon que para los negocios que exigen una gestion pronta, no es posible tener siempre mayoría absoluta y entonces se contenta con una mayoría relativa.

(*b*) No hablo del permiso que ha de darse á los miembros de la corporacion, porque en principio cada uno es libre de retirarse siempre que haya satisfecho ciertas cargas de la comunidad.

cion más peligrosa sobre la prosperidad y la existencia de la corporacion, como sobre los derechos y la seguridad de sus miembros tomados individualmente.

2.° Lo mismo es preciso decir de las contribuciones que la corporacion impone á sus miembros y que forman parte de la legislacion interna.

3.° Disolucion de la corporacion. Hemos visto (§ 89) que no puede efectuarse sin el consentimiento del Estado; pero este principio es independiente de la cuestion de saber á quién pertenece iniciar la disolucion y reclamar el consentimiento del Estado. Este caso parece tener la más alta importancia, y es en realidad uno de los que la tienen menor. En primer lugar, no se presenta nunca para las comunidades, y sí para las corporaciones voluntarias, y sobre todo, para las asociaciaciones de artesanos que han obtenido el derecho de corporacion (§ 88), y desde este momento es raro que dicho caso no haya sido previsto en el acta misma de su constitucion.

4.° Cambios en la naturaleza de los bienes de la corporacion. Algunas veces estos actos entran en los correspondientes á la administracion usual si, por ejemplo, se hace el empleo de un capital perteneciente á la sociedad; si una suma tomada de su caja se coloca á interés ó es consagrada á la compra de un inmueble. Pero hay operaciones de una naturaleza más delicada, y tanto más de notar, cuanto que se presentan con mucha frecuencia.

A. Enagenacion total de un bien por donacion. Esta liberalidad, muy rara con extraños, se concibe cuando los miembros mismos se dividen entre sí un inmueble ó un capital de la corporacion. Este acto es una verdadera donacion; pero su carácter se desconoce fácilmente á consecuencia de la opinion errónea que atribuye á los miembros de la corporacion la propiedad de sus bienes.

B. Abandono de un bien, un bosque ó una pradera, por ejemplo, de la cual tenia antes la propiedad la corporacion y los particulares el goce (§ 91). Como se vé, el caso presente se relaciona de alguna manera con el anterior, porque hay siempre enagenacion de la propiedad, bien que sea de muy pequeño valor. La pérdida que sufre la corporacion, de poca entidad en apariencia, no llama mucho la atencion; sin embargo, es el caso más frecuente y que tiene mayor importancia práctica. El verdadero estado de la cuestion ha sido algu-

nas veces oscurecido por ideas falsas y consideraciones agenas á él; y así se ha concedido un gran valor al hecho de que á veces la corporacion obtenia una ventaja del inmueble enagenado, si, por ejemplo, los que gozaban del derecho á las partes comunales pagaban un ligero cánon á la caja de la corporacion (*c*); pero esta circunstancia es de poco interés, porque seria fácil reparar dicha pérdida estableciendo una renta territorial sobre el inmueble dividido, sin que valga decir, ni ménos como argumento decisivo, que una propiedad de la cual la corporacion no percibe rendimientos, es un nombre vano y sin realidad alguna (*d*). En efecto, una propiedad hoy dia improductiva, puede asegurar el bienestar de la generacion siguiente, lo cual interesa á la corporacion que no muere nunca, en tanto que el inmueble una vez dividido entre los miembros actuales, su incuria, puede destruir el valor que tuviera. Si, por ejemplo, se trata de la propiedad de un bosque, la corporacion le administrará mejor que los particulares, y las generaciones siguientes lo encontrarán, siendo así que á consecuencia de la division, en caso contrario, hallarian sin duda un suelo desnudo é improductivo durante muchos años.

C. Simple goce cedido por la corporacion á sus miembros individualmente.

(§ 91) Aunque la propiedad quede de la corporacion, el cambio tiene su importancia y sus peligros, no solo á causa de los rendimientos sacrificados, sino porque lleva fácilmente á la enagenacion de la propiedad misma, como hemos antes observado (B).

D. Goce perteneciente á los particulares y trasferido á la corporacion. Este cambio no puede sino aprovechar á la corporacion; pero es perjudicial á los particulares que pierden su aprovechamiento.

(*c*) Kori, p. 15.

(*d*) Kori, págs. 17, 18. Parece, sin embargo, que áun en este caso, la propiedad de la corporacion descansando en una ley positiva, debe ser respetada, y distingue si la corporacion obtenia ó no una ventaja peniaria; y para dividir el bien entre los diferentes miembros exige, en el primer caso, la unanimidad de los sufragios; en el segundo, la mayoría. Esta distincion no me parece de ningun modo fundada.

E. Deuda contraida á consecuencia de un empréstito. En este contrato, la corporacion recibe un capital á cambio de su obligacion; pero como el capital puede fácilmente disiparse sin dejar huella y la deuda subsiste infaliblemente, el empréstito debe ser colocado entre las causas eventuales de la disminucion de los bienes.

§ XCIX.—*De las personas jurídicas.—Su constitucion.* (Continuacion).

Despues de haber enumerado los principales casos (§ 99) en que la teoría examinada más arriba (§ 97) halla su aplicacion, me resta hacerla y apreciar sus resultados. Observaré desde luego que entre los autores modernos la teoría admite varios grados de rigor: unos reconocen la omnipotencia de la mayoría en toda clase de materias, no haciendo excepcion de este principio sino en nombre del interés público, si una decision de la mayoría debia entrañar la ruina de la comunidad (*a*); otros no adoptan este principio sino con dos modificaciones que lo dulcifican notablemente: para la mayor parte de los casos enumerados en el § 98, exigen la unanimidad en lugar de la mayoría, y tienen en cuenta la desigualdad de los derechos que pueden existir entre los votantes (§ 97), lo cual establece diferentes clases de miembros (*b*). El sistema así modificado, rechaza las consecuencias más graves que de otro modo tenia; pero, sin embargo, deja subsistentes muchos errores.

I. No se tiene en consideracion para nada la naturaleza propia de la *universitas ordinata*, á la cual la omnipotencia de la mayoría de los miembros no es de manera alguna aplicable (§ 97). Sin embargo, esta discusion interesa más á la teoría que á la práctica, porque los partidarios de esta doc-

---

(*a*) Thibaut, págs. 395, 397. Pandekten § 132. Rechaza el principio, p. 397 de la desigualdad de los derechos entre los miembros de corporacion: si se trata de dividir un bien de la comunidad y no hubiera acuerdo sobre la proporcion en que debia hacerse la distribucion, esta, segun él, debe verificarse igualmente y por cabeza.

(*b*) Haubold, C. 4, § 4 sq. Kori, 11, 20, p. 26.

trina, no obstante la generalidad de sus expresiones, no tienen realmente presente sino la *universitas inordinata*, principalmente las comunidades rurales, y no conozco ningun autor que haya pretendido extender á las ciudades este principio sin consideracion alguna á su constitucion particular.

II. Se atribuyen á las dos terceras partes de los miembros reunidos los derechos y los poderes de toda la corporacion (§ 97): aun cuando esta regla así enunciada sea completamente inadmisible (*c*), no tiene una importancia grande en la práctica. En efecto, en todos los negocios verdaderamente capitales las opiniones contrarias se manifiestan, y cuando la Asamblea de la corporacion es llamada á deliberar intereses tan graves, es fácil reunir la totalidad de los miembros, lo que evita la influencia peligrosa de este error.

III. Queda, finalmente, el error fundamental de dicha doctrina, que consiste en identificar con la corporacion sus miembros existentes en una epoca dada y atribuirles la plenitud de sus derechos; error todavía agravado por la admision de la simple mayoría, pero que se atenúa por la opinion de los autores que, en muchos casos, exigen la unanimidad.

Bajo el punto de vista en el cual me han colocado las consideraciones que preceden, voy á examinar sucesivamente los actos que no entran en el dominio de la administracion usual, y son los que he expuesto en el § 69.

1.° Nuevos estatutos.

2.° Contribuciones.

En ambos la omnipotencia, atribuida á la mayoría, tiene las más graves consecuencias, porque deja sin defensa alguna contra la arbitrariedad y la injusticia á los individuos ó á las

---

(*c*) He demostrado en el § 97 que entre los romanos la regla de los dos tercios no habiá sido aplicada nunca á los miembros de una corporacion en su totalidad, sino solo á los del senado de las ciudades, ó sean los decuriones. La extension de esta regla, por via de analogía, no seria más aceptable, porque tenia por objeto facilitar á los decuriones la expedicion de los negocios corrientes; pero cuando se trata de la enajenacion de la propiedad ó de otros negocios de cierta índole (§ 98), la facilidad obtenida por el establecimiento de esta regla no era ni útil ni mucho menos de desear.

clases enteras que forman parte de la minoría. La unanimidad ofrece ménos inconvenientes, y segun la naturaleza misma de las cosas, una medida así adoptada puede difícilmente causar un mal irreparable á la corporacion. Además, el Estado tiene aquí un interés, porque el aumento de las cargas comunales puede dañar como la forma en que se exigen los impuestos generales; y por tanto el Estado debe ejercer siempre sobre las deliberaciones de la comunidad una vigilancia bastante á prevenir toda medida capaz de comprometer el porvenir de la corporacion.

3.° La corporacion no puede ser disuelta sin el consentimiento del Estado; pero la mayoría no debe tener el derecho de pedir la disolucion, porque seria fácil que la minoría deseara continuarla, y entonces los miembros que componian la primera habrian simplemente de retirarse. Si la mayoría persiste en solicitar una disolucion general, es porque probablemente quiere dividir los bienes de la corporacion, y entonces este caso entra en el de que voy á ocuparme enseguida, debiendo ser decidido por los mismos motivos. Aun cuando la corporacion quiera disolverse unánimemente, el consentimiento del Estado es todavía necesario, porque esta resolucion puede perjudicar á tercero, á los acreedores por ejemplo; pero este consentimiento una vez adquirido, nada se opone entonces á la disolucion, porque la corporacion no tiene posteridad cuyos derechos se comprometan por esta medida.

4.° Cambio en la sustancia de los bienes de la corporacion. Este caso es el más grave de todos, porque la pérdida, si la hay, es irreparable, y el interés privado de los individuos encuentra sin defensa los intereses de la corporacion. Aquí vemos desde luego cuánta influencia puede entrañar la omnipotencia de la mayoría. Sin duda alguna que la solucion admitida por Thibaut de que el interés del Estado se opone á la ruina de las comunidades, remediará el mal en un gran número de casos; pero hay perjuicios que no son una ruina ni tampoco son las corporaciones las únicas corporaciones; pongamos un ejemplo: si se supone que un artesano de una ciudad de Alemania se establece en la India, en donde crea una fortuna grande, y deja al morir una parte considerable de ella á la corporacion á la cual habia pertenecido anteriormente; si esta se compone de quince maestros, los ocho que

forman la mayoría pueden, segun la opinion de Thibaut, dividir este capital, excluyendo á los siete restantes. La restriccion puesta por Thibaut no será de efecto ninguno, porque con relacion á las corporaciones de artesanos el interés del Estado se limita á que el oficio se practique conveniente y lealmente, lo cual no tiene nada de particular ni de comun con con la adquisicion accidental de un capital. Pero aquí, como en otros casos, el Estado, protector nato de los derechos todos de los ciudadanos, debe impedir la injusticia. El sistema que exige la unanimidad no previene el mal sino en parte, la mayoría no excluirá de la division á la minoría: pero la corporacion misma es despojada por la universalidad de sus miembros (*d*). La comparacion de la corporacion con un pupilo, de la cual me he servido antes (§ 90), pondrá en evidencia la realidad de las cosas. Si un pupilo tiene tres tutores, de entre ellos dos no pueden repartirse estos bienes con exclusion del tercero; pero aun cuando éste figurara en el reparto, el pupilo no seria despojado con mayor justicia.

El caso en que el aprovechamiento de los particulares es traspasado á la comunidad, merece una atencion particular. En él la autoridad de la mayoría no podria ser admitida, porque nunca una corporacion cualesquiera que sean sus representantes debe disponer del goce de los particulares (*e*); pero una decision tomada por unanimidad seria perfectamente regular porque entonces cada uno habria dispuesto de su beneficio personal.

§ C.—*Personas jurídicas.—Su constitucion.* (Continuacion.)

Parece resultar de cuanto precede que nunca deberia introducirse cambio alguno en la sustancia de los bienes de la corporacion; sin embargo, hay casos en los cuales es con-

---

(*d*) Nótase esto principalmente en el caso en que habiendo arrebatado una epidemia todos los miembros de la corporacion de obreros, excepto uno, éste quisiera atribuirse los bienes de la corporacion (§ 89, *b*). Aquí hay ciertamente unanimidad.

(*e*) Eichhorn, deutsches Privatradet, § 372-373.

veniente y útil y algunas, indispensable; ¿cómo resolver ahora esta dificultad?

La administracion de los bienes de los pupilos se ejerce por tutores que ofrecen garantías, y cuando se trata de actos importantes, el nuevo derecho romano y más aún el actual de la mayoría de los Estados, exige además su inscripcion especial; finalmente, el pupilo, despues de algunos años es capaz de obrar y recibe él mismo sus cuentas de manos de sus tutores. Las corporaciones se distinguen de los menores, en que su incapacidad es perpétua, y sobre todo, en que la sustancia de sus bienes no puede modificarse sin que se encuentren en contradiccion con el interés personal de sus representantes (*a*); colision que existe rara vez entre el pupilo y el tutor y que da lugar al nombramiento de un representante especial (*b*).

Resulta del paralelo que precede, que para los actos de los cuales acabo de ocuparme, deben recurrir las corporaciones á esta alta tutela ejercida por el Estado tantas veces cuantas se haga sentir su necesidad. Entónces el Estado interviene, no solo para velar por sus propios intereses que están íntimamente ligados á los de las corporaciones más importantes, sino en virtud de un derecho que él ejerce igualmente sobre todos (§ 96).

En nuestros dias se ha escrito mucho y discutido tanto en Alemania como en Francia (*c*) sobre la intervencion del Estado en los negocios de las corporaciones, habiéndose mirado

---

(*a*) Esto se vé cuando se trata de dividir los bienes de la corporacion entre sus diferentes miembros, sobre todo en un lugar en donde los que deciden la division son participantes, y tambien, aun cuando en grado menor, en una *universitas ordinata*, por ejemplo, una ciudad. En efecto, los miembros del consejo municipal que ordenan la division, forman parte de la comunidad, y no son tan desinteresados como el tutor que administra para su pupilo.

(*b*) § 3, J. de auctor. tut. (I, 21).

(*c*) Las obras más notables escritas en Francia sobre esta materia, son: Fievée, Correspondencia política y administrativa, carta primera (traducida al aleman por Schlosser, Francfort, 1816) y el discurso sobre la ley comunal, pronunciado por Martignac en la Cámara de los diputados.

la cuestion más bien como una cuestion de derecho público que de derecho privado. Pero los adversarios de esta intervencion no están en modo alguno de acuerdo sobre los resultados de su sistema. Los unos le dan un sentido más positivo, los otros más negativo; y así, mientras los unos conceden á los representantes ordinarios de las corporaciones una libertad de accion ilimitada, los otros no admiten cambio alguno posible en la substancia de los bienes. Aplicadas rigurosamente ambas opiniones, las cuales están dictadas evidentemente en interés de las corporaciones, pueden llegar á serles igualmente funestas.

Todo juez imparcial, reconocerá que una vigilancia exagerada del Estado ha tenido para las corporaciones, y sobre todo para las comunidades, numerosos inconvenientes. Así, los funcionarios públicos, ya por espíritu de fiscalizacion, ya por un deseo inmoderado de influencia, se han arrogado una multitud de negocios que habria valido más entregar exclusivamente á la administraccion comun, reservándose solo una alta vigilancia, poco sensible en su práctica. Semejantes abusos, sin embargo, no dan pruebas contra la bondad del principio; pues no son reglas lo que hay necesidad de oponerle, sino la prudencia y el buen espíritu de los funcionarios. Si estos últimos comprenden sus deberes, la intervencion del Estado en los negocios importantes será siempre un beneficio para las corporaciones; su vigilancia protegerá sus intereses para el porvenir y los de los indivíduos que una mayoría injusta pudiera comprometer; abrazará todas las comunidades, aun los lugares (*d*), y se hará sobre todo sentir á las comunidades rurales cuya organizacion es imperfecta, y en donde el interés de la corporacion se encuentra en colision directa con el de los particulares.

En todos los casos que dejamos enumerados más arriba, en los cuales la intervencion del Estado puede desearse, no hay ninguno más importante, ni que se presente con ma-

---

(*d*) En Prusia, segun la nueva ordenanza de 1831 sobre el régimen municipal, § 117-123, la autorizacion de los magistrados es necesaria para la venta y compra de los inmuebles, division de bienes comunales, empréstitos, impuestos, etc. Gesetzsammlung, 1831, p. 28-30.

yor frecuencia que el de division de bienes comunales, es decir, la reparticion entre los miembros de la corporacion de la propiedad de un inmueble, del cual tenian ya el goce (§ 98, núm. 4, *b*). Entre los escritos generales de que he hablado hace un momento, se han publicado muchos con ocasion de esta grave cuestion. Aquí, como en otras partes, la omnipotencia de la mayoría puede llevar consigo abusos enormes, y aun la misma unanimidad no está exenta de peligros, como ya lo he demostrado con el ejemplo de un bosque comunal. Tambien muchos autores modernos rechazan toda particion de bienes comunales como injusta, y aun como revolucionaria; pero esta opinion sistemática evidentemente es exagerada. Si el antiguo modo de explotacion de las tierras ha bastado durante siglos á las necesidades de la humanidad, ha llegado, sin embargo, una época en la cual no ha de ser permitido más á los cultivadores quedarse por completo fuera del movimiento de la industria y seguir solo los antiguos usos. Además, nadie negará que el suelo de una tierra perteneciente á la comunidad y destinada á la produccion de pastos, dividiéndose, no dejaria de hacerse más productivo. Así, en general, no se podria censurar á los gobernantes que favorecen los repartimientos de la propiedad comunal, aun cuando en ciertos casos traiga consigo abusos la division. En otros conceptos, las precauciones que debe tomar el Estado para proteger los intereses en el porvenir y los de los indivíduos, pueden ser en gran parte referidas á reglas generales, lo que aumenta tambien las garantías de una completa imparcialidad, siendo éste y no otro el orígen de las diferentes disposiciones sobre el repartimiento de los bienes comunales (*e*).

Refiriéndonos ahora á los procedimientos que hayan de intentarse contra las personas jurídicas, debemos decir que,

(*e*) Las razones de Economía Política que han dictado las nuevas ordenanzas sobre la division de bienes comunales, han llevado al legislador á entrar en el dominio del derecho privado, autorizando la redencion de las servidumbres y otras cargas reales, por exigencia de una sola de las partes, lo cual es una advertencia que hago de paso. Comp. Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 373.

considerados en sí mismos, parecen caer bajo el cuidado de la administracion de los negocios corrientes (§ 96); pero motivos de una naturaleza opuesta exigen precauciones particulares, sobre todo cuando se trata de *universitates inordinatæ*, y principalmente de las comunidades rurales. Desde luego que, entablado un proceso temerario, lleva consigo gastos inútiles y toma un carácter de prodigalidad; por lo cual, la práctica ha establecido para casos análogos la necesidad de un sindicato (§ 97), y las leyes modernas han prohibido frecuentemente á las comunidades rurales litigar sin una autorizacion especial del Gobierno. Además, si los habitantes de una ciudad quisieran apropiarse los bienes comunes y disiparlos, les bastaria, una vez apoderados de ellos violentamente, rehusar el nombramiento del sindicato; pues la comunidad no tendria entónces ningun medio de intentar una accion, sea la posesoria, sea la petitoria, á fin de reprimir su tentativa. Pero como no seria razonable dejar á las comunidades sin defensa contra tales actos, debe el Gobierno, como en último recurso, encargar á un funcionario para que plantee la accion en nombre de la comunidad. Rehusar al Gobierno este derecho de alta vigilancia, seria abandonar la division de los bienes á las usurpaciones arbitrarias de los particulares (*f*). El derecho romano apenas si contiene disposiciones sobre la materia que acabo de exponer: bajo los

(*f*) Cuando todos ó casi todos los habitantes están interesados en el conflicto con la comunidad, el hecho es harto evidente para que pueda ofrecer dificultades; pero no dejan, sin embargo, de presentarse frecuentemente y en una forma más complicada. Si una parte de los habitantes tiene el goce relativo de un bosque comunal y procurando atribuirse la propiedad privada, pretende no se pueda obrar contra ellos sino por medio de un sindicato nombrado por el resto de sus conciudadanos, esta garantía es ilusoria; porque no interesados los últimos en la cuestion, pueden determinarse por un módico interés pecuniario á no nombrar el sindicato: en realidad, este caso no difiere del precedente. En nuestros dias, se presentan muchos casos análogos en las provincias rhenianas del Este, pertenecientes otras veces al ducado de Nassau, y el tribunal de revision residente en Berlin los ha juzgado, despues de muchos años, segun los principios aquí expuestos.

emperadores, los decuriones tenian en la ciudad una autoridad, por decirlo así, ilimitada (§ 96), y, sin embargo, una Constitucion del emperador Leon les encerró ya en una restriccion notable. Si una ciudad desea enajenar un inmueble, una renta territorial ó un esclavo (*g*), no puede hacerlo en Constantinopla sin el consentimiento del emperador, y en las demás ciudades sin el de una Asamblea compuesta de la mayoría de los decuriones, de los *honorati* y de los *possessores*, y en la cual cada miembro votase individualmente (*h*). Los Doce Tablas, por una disposicion tomada de las leyes de Solon, permiten á los *collegia* darse estatutos; pero no dicen si deben ser votados por unanimidad ó por simple mayoría (*i*).

§ CI.—*Personas jurídicas.—El fisco.*

Digest. XLIX. 14, de jure fisci.
Cod. Just. X. I. de jure fisci.
Cod. Theod. X. I. de jure fisci.
Paulo V. 12. de jure fisci et populi.

La forma de la accion del Estado en sus relaciones de derecho privado, ó, en otros términos, la constitucion del fisco excede de mi objeto, y entro de lleno en el derecho

(*g*) L. 3. C. de vend. reb. civ. (XI, 31). «Domus, aut annonæ civiles, aut quælibet adificia vel mancipia.» Las *annonæ civiles* son rentas en especie pagadas por los colonos enfiteuticarios. Comp. L. 14, C. de SS. ecl. (I. 2) y Jacob. Gothofredo sobre la L. 19, C. Th. de paganis (XVI, 10). Las *civiles annonæ* son opuestas a las *militares annonæ* ó prestaciones en especie impuestas á los propietarios territoriales para el pago del ejército.

(*h*) L. c. «Præsentibus omnibus seu plurima parte, tam curialium, quam honoratorum et possessorum civitatis.» La ley no dice si para autorizar la venta, se ocupa de la mayoría de los miembros presentes que pertenecen á diversas clases; véase Savigny, Historia del derecho romano en la Edad Media, t. I, § 21.

(*i*) L. 3, de coll. et corp. (XLVII, 22), tomada de Gayo, lib. 4, ad leg. XII Tab. «Sodales sunt qui ejusdem collegii sunt. His autem potestatem facit lex, pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.»

público: además, las instituciones del derecho romano en esta materia no tienen un interés histórico.

Si se pregunta cuáles son los elementos constitutivos del fisco con relacion al derecho privado, encontraremos sus numerosos privilegios y su personalidad jurídica misma. Ya he demostrado (§ 90) que una enumeracion detallada de estos privilegios estaria aquí fuera de lugar, y me limitaré, por tanto, á hacer algunas consideraciones generales. A la adquisicion de los bienes diferidos al fisco en virtud de una multitud de privilegios especiales, se refieren las denuncias regularmente hechas y organizadas (nunciationes) que daban á los denunciadores ventajas de más de una especie *(a)*. Las reclamaciones del fisco prescribian ordinariamente á los veinte años (*b*), excepto las relativas á las sucesiones vacantes que tenian lugar por cuatro años (*c*). En los tiempos modernos, el dominio privado del príncipe es siempre distinto del fisco; pero en Derecho romano, los privilegios de este se extienden á los bienes privados del emperador y áun á los de la emperatriz (*d*).

La personalidad jurídica del fisco no puede dar lugar á las mismas incertidumbres y errores que la de las corporaciones, porque la representacion del fisco por ciertos indivíduos ó cuerpos administrativos entra en su constitucion, que se regula por el derecho público de cada Estado.

Haré, sin embargo, una observacion general á este propósito, y es, que entre todas las personas jurídicas, el fisco ocupa un lugar aparte (§ 86, 87, 88). En el antiguo Derecho romano, la capacidad de las personas naturales como la de las personas jurídicas, admitia diversos grados y variaba segun los objetos; así, durante largo tiempo las corporaciones fueron inhábiles para heredar, procurando explicar los jurisconsultos dicha incapacidad por la naturaleza especial de las mismas. Los mismos motivos se aplicaban enteramente al

---

(*a*) L. 1, pr.; L. 13; L. 15, § 3; L. 16, 42, 49, de j. fisci (XLIX, 14).
(*b*) L. I, § 3, 4, 5, de j. fisci (XLIX, 14).
(*c*) L. 1, § 1, 2, de j. fisci (XLIX, 14).
(*d*) L. 6, § 1, de j. fisci (XLIX, 14).

ærarium (*populus*) y al fisco (*e*); no obstante, los jurisconsultos nada dicen, ni hemos visto en parte alguna que desde su orígen el fisco haya sido gravado ó exceptuado de esta incapacidad, ó que más tarde se le librara de ella. Además, encontramos frecuentemente que el *ærarium* adquiere sucesiones y legados, sin que nunca se levante la menor duda sobre la validez de sus adquisiones (§ 93. D). Todo esto se explica por la naturaleza propia de los bienes del Estado. El *populus*, de quien emana todo derecho, no podrá estar sometido á ninguna clase de incapacidad: este principio es de siempre, y no ha podido surgir cuestion sobre la capacidad del *populus*.

Tales deducciones parecian á los antiguos jurisconsultos tan naturales, que nunca se les ocurrió traducirlas por reglas ni señalar la diferencia esencial que existe entre las corporaciones y el fisco.

§ CII.—*Personas jurídicas.—Sucesiones.*

Los jurisconsultos modernos consideran como una persona jurídica la sucesion todavía no aceptada (*hereditas jacens*), y la colocan en la misma línea que las corporaciones, y así parece, porque un texto de Florentino indica establecer esta asimilacion (*a*), si bien nos resta ahora determinar su verdadero sentido.

Desde luego podria decirse, para hallar una explicacion fácil, que el imperio del heredero sobre los bienes del difunto comienza desde la adicion de la herencia; que entre la muerte y la adicion hay desde entonces una época intermediaria, durante la cual la propiedad descansa sobre un hecho ficti-

(*e*) Se debe, seguramente, aplicar al *populus* como á todo municipio estas palabras de Ulpiano (XXII, § 5): «Quoniam incertum corpus est, ut neque cernere universi, neque pro herede gerere possint, ut heredes fiant.»

(*a*) L. 22, de fidejuss. (XLVI, I). «Mortuo reo promittendi, et ante aditam hereditatem fideijussor accipi potest: quia *hereditas personæ vice fungitur, sicuti municipium, et decuria, et societas.*» (Comp., § 85, *h*).

cio, la sucesion en sí misma; pero en realidad no es así. Por el contrario, se mira el derecho del heredero que acepta la sucesion como nacido en el instante mismo de la muerte, y desde entonces la propiedad de los bienes ha pasado inmediatamente del difunto al heredero (*b*). Si, pues, muchos textos parecen considerar la sucesion sin dueño antes de la adicion (*c*), se debe entender sin dueño conocido; y por consecuencia desde la muerte del testador hasta la aceptacion del heredero la sucesion tiene un dueño, si bien imposible de determinar.

Veamos otra explicacion. La herencia cuyo propietario es desconocido, se halla sin proteccion, y por esto se nombra un curador que la represente momentáneamente, del mismo modo que una persona jurídica está representada por sus jefes. Pero esta explicacion no podria ser admitida, porque aun cuando los principios del derecho romano no rechazan el nombramiento de un curador á una sucesion no aceptada, este nombramiento no es necesario ni se usa habitualmente; pues los numerosos textos relativos á estas sucesiones, lejos de suponer la presencia de un curador, no hacen mencion alguna de él. Se puede tambien en ciertos casos hacer el nombramiento de curador para los bienes de un ausente, sin que por ello se hable nada de crear una persona jurídica. El ausente por su alejamiento, y el heredero futuro por respecto á la ignorancia en que estamos para con él, no se convierten en séres ficticios, sino que siempre son individuos, personas naturales. Si se quisieran extremar las consecuencias de asimilar una sucesion no aceptada á las personas jurídicas, seria necesario admitir que ella era capaz de toda especie de

---

(*b*) L. 193. de R. I. (L. 17). «Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exsistiere.» L. 138, pr. eod. Omnis hereditas quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuaretur.» L. 54, de adquir. vel amit. her. (XXIX, 2). L. 28, § 4, de stip. (XLV, 3).

(*c*) L. 13, § 5, quod is (XLIII, 24)...,. «Cum prædium interim nullius esset..... postea dominio ad aliquem devoluto..... ùtputa hereditas jacebat, postea adiit hereditatem Titius..... quod eo tempore nemo dominus fuerit.»

derechos, y que una sucesion vacante puede por sí sola recibir sucesiones y legados: además, los jurisconsultos romanos no han tenido nunca estas ideas.

El modo más sencillo y natural de mirar el asunto, seria ciertamente considerar parecida sucesion como propiedad de un señor desconocido, pero que se hará conocer y referir á su persona todas las modificaciones sobrevenidas en los bienes durante el intervalo trascurrido entre la muerte y la adicion de la herencia. Pero el derecho romano no admite esta doctrina, sustituyéndola por una ficcion que expresa bajo dos formas diferentes, y la sucesion figura como una persona dueña de los bienes, es decir, de la misma (*d*), ó como representando la persona del difunto, no del heredero desconocido (*e*); formas que tienen el mismo sentido ambas (*f*) y expresan el contraste de la doctrina que considera la sucesion perteneciente ya al heredero desconocido y como idéntico con él (*g*).

Los motivos que han determinado á los romanos á admi-

(*d*) L. 22, de fide juss. (XLVI, I, nata *a*). L. 15, pr. de usurp. (XLI, 3). «Nam hereditatem in quibusdam *vice personæ* fungi receptum est.» L. 13, § 5, quod vi (XLIII, 24), «domine locum obtinet.» L, 15, pr. de interrog. (XI, I). «domine loco habetur.» L. 61, pr. de adqu. rer. dom. (XLI, I) «pro domino habetur,» L. 31, § I, de her. inst. (XXVIII, 5). Véase más arriba nota *f*.

(*e*) Pr. J. de stip. serv. (III, 17). «*Personæ defuncti* vicem sustinet.» § 2. J. de her. inst. (II. 14). «Personæ vicem sustinet *non heredis futuri, sed defuncti*. L. 34, de adqu. rer. dom. (XLI, I). «Hereditas enim *non heredis personam, sed defuncti* sustinet.»—Estas palabras de la ley 24 de novat. (XLVI. 2). «transit ad heredem *cujus personam* interim hereditas sustinet,» podian hacer que surgieran dudas. Pero el texto, citado segun el manuscrito de Florencia, está de tal modo en contradiccion con los que preceden, que se debe evidentemente preferir la traduccion de la Vulgata: «Transit ad *heredem illius, cujus personam*, etc.»

(*f*) Hé aquí un texto que demuestra la identidad de estas dos expresiones, porque la una no sirve más que para explicar y determinar la otra. L. 31, § I, de her. inst. (XXVIII, 5). «Quia creditum est hereditatem *dominam esse* (*et*) defuncti locum obtinere.» .

(*g*) Esta oposicion se expresa en los dos textos citados en la nota *e*.

tir esta ficcion son cuando los esclavos dependian de la sucesion, y el caso de una sucesion sin esclavos, raro por cierto, los que podian enriquecer la sucesion aun antes de la adicion, porque el esclavo adquiria para su señor, aun sin saberlo éste. Pero hay ciertas maneras de adquirir que pertenecen esencialmente al derecho civil, y para las cuales la capacidad del adquirente se exige con mayor rigor aún; cuando actos parecidos se realizan por la mediacion de un esclavo, cuya capacidad procede de la de su señor, es necesario que tenga un dueño conocido y capaz para que la validez del acto no fuera incierta. Entre los actos rigurosos del derecho civil se coloca la institucion de heredero; así un esclavo no era instituido válidamente sino cuando en la época del testamento tenia un señor capaz de ser instituido heredero (*h*). Lo mismo sucede con la adquisicion de un crédito resultado de la estipulacion de un esclavo y de la adquisicion de la propiedad de un bien que un esclavo hace emancipar; mas este último caso es extraño á la legislacion Justinianea. La ficcion que nos ocupa ha sido introducida para los actos rigurosos del derecho civil, porque permite apreciar inmediatamente la validez que dependia de la capacidad de un difunto bien conocido y no de la todavía dudosa de un heredero desconocido.

Algunos ejemplos nos pondrán en evidencia el interés práctico de esta ficcion. Si un romano, capaz de testar, moria sin testamento, y un tercero instituia por heredero á un esclavo de esta sucesion, la ficcion validaba la institucion que se referia á la persona del finado; pero sin la ficcion esta validez hubiera sido incierta, porque el heredero de sangre podia ser un *intestabilis* incapaz de ser *instituido* (*i*). Si un soldado muere dejando un testamento, y antes de su aper-

---

(*h*) Ulpiano XXII, § 9; L. 31, pr. de her. inst. (XXVIII, 5). En este último texto el principio se une inmediatamente á la ficcion que nos ocupa.

(*i*) L. 18, § I; L, 25, qui test. (XXVIII, I). Segun el antiguo derecho, al menos el *instestabilis* no podia ser instituido heredero. Comp. Marezol, burgerliche Ehre, p. 90.

tura un tercero instituye heredero á un esclavo de la sucesion, en virtud de la ficcion, la institucion es válida, porque ella se refiere á la persona del difunto; sin la ficcion la validez de la institucion es incierta, porque el heredero testamentario del soldado puede ser un *peregrinus* (*k*), no teniendo con el tercero testador la *testamentifactio*. Del mismo modo tambien, si un esclavo de la sucesion estipula bajo la forma *spondes spondeo*, la estipulacion es válida, referida á la persona del difunto, en tanto que seria nula referida á un heredero testamentario peregrino (*l*). Por una consecuencia lógica de esta ficcion, si el esclavo legado es el mismo adquirente, el bien adquirido queda en la sucesion y no pasa al legatario: no obstante, este principio sufre excepcion cuando se trata de un legado de usufructo (nota *r*).

Veamos ahora los casos para los cuales ha sido inventada la ficcion, que son los de que nos hablan la mayoría de los textos citados y los más precisos *(m)*.

Sin duda se encuentran muchos textos en donde la ficcion se aplica á las adquisiciones de los esclavos, hechas no segun las formas rigurosas del derecho civil, sino en virtud de la simple tradicion ó de un *contractus bonæ fidei* (*n*); se en-

---

(*k*) L. 13, § 2, de test. mil. (XXIX, I).

(*l*) Gayo III, § 93.

(*m*) Sobre la adquisicion mediante el esclavo: L. 61, pr. de adqu. rer. dom. (XLI, I).—Acerca de la estipulacion del esclavo: pr. J. de serv. (III, 17). L. 33, § 2; L. 34 de adqu. rer. dom. (XLI, 1). Com. L. 18 pr. de stip. serv. (XLV. 3). En cuanto al esclavo instituido heredero: § 2, J. de her. inst. (II, 14).-L. 31, § 1; L. 52, de her. inst. (XXVIII, 5). L. 61, pr. de adpu. rer. dom. (XLI, 1). Sí el heredero instituido tenia la *testamentifactio*, pero era incapaz de la adquisicion totalmente ó en parte (*cælebs* ú *orbus*), el legado hecho á un esclavo de la sucesion era adquirido por la sucesion y desde la adicion de la herencia se veia á quien debia servir este legado y aun la sucesion misma. L. 55, § 2, de leg. (XXXI, un.)

(*n*) L. 16, de O. et A (XLIV, 7). Com. Arnds Beitræge (I, 208). L. 33, § 2, de adqu. rer. dom. (XLI, 1). C. 1, § 5 de adqu. poss. (XLI, 2). L. 29 de capt.)XLIX, 15) pr. de usurp., (XLI, 3). L. 2, § 2, de acceptilat. (XLVI, g).—Los textos siguientes, sin expresar la regla, hacen su aplicacion. L. 1, § 6, de injur. (XLVII, 10). L. 21, § 1; L. 3, pr., 6 de neg. gentis (III, 5). L. 77, de V. O. (XLV, 1). L. 1, § 29, depos. (XVI, 3).

cuentran tambien textos en que la ficcion no tiene relacion con las adquisiciones hechas por la mediacion de los esclavos (*o*): pero estas son extensiones accidentales de una regla establecida con otro objeto. Mostraré como prueba de que no es uno solo el caso en que la ficcion tenia un interés práctico y en donde no se obtendria el mismo resultado, atribuyendo la propiedad de la sucesion, bien al difunto, bien al heredero futuro, que en realidad es el heredero actual.

Quizá se me objete con muchos textos cuyas expresiones generales parecen poco conciliables con la aplicacion limitada que concedo al principio (*p*); pero esta generalidad no es sino aparente y los términos bastantes vagos de unos textos se fijan por otros que reducen expresamente la ficcion á sus efectos relativos, es decir, restringidos (*q*). Hay más; aun cuando establecida en vista de las adquisiciones por la mediacion de los esclavos, todavía sufre aquí excepcion (*r*);

(*o*) L. 22 de fidejuss. (véase más arriba nota *a*). L. 24 de novat. (XLVI, 2). L. 13, § 5, quod vi (XLIII, 24, (en donde este principio se invoca al mismo tiempo que otros). L. 15, pr. de interrog. (XI, 1). Véase tambien el apéndice IV, nota *b*.

(*p*) Los textos en que la ficcion tiene esta apariencia de generalidad, son: L. 22 de fidej. nota *a*. L. 24 de novat. (XLVI, 2). L, 13, § 5, quod vi (XLIII, 24). L. 15, pr. de interrog. (XI, 1). L. 31, § 1 de her. inst. (XXVIII, 5). L. 34 de adqu. rer. dom. (XLI, 1); § 2, J. de her. inst. (II, 14).

(*q*) Pr. J. de stip. serv. (III, 17) «in plerisque.» L. 61, pr. de adqu. rer. dom. (XLI, 1) «in multis partibus juris.» L. 15, pr. de usurp. (XLI, 3) «in quibusdam.»

(*r*) Si un esclavo dependiente de una sucesion estipula, la estipulacion queda en suspenso y no tiene efectos sino despues de la adicion de la herencia. L. 73, § 1, de V. O. (XLV, 1).—En principio, el legado hecho á un esclavo de una sucesion se adquiere inmediatamente por la sucesion; pero si se trata de un usufructo, se adquirirá este solo cuando á consecuencia de la adicion de la herencia, el esclavo tenga un señor determinado, pudiéndolo ser el heredero mismo ó un legatario. En este último caso el usufructo no ha pertenecido nunca á la sucesion. L. 1, § 2, quando dies usufr. (VII, 3). L. 16, § 1, quando dies leg. (XXXVI. 2).

prueba evidente de que la generalidad de los textos citados (nota *p*), no debe ser tomada literalmente.

Con independencia de las adquisiciones por mediacion de los esclavos, existe un principio de grande importancia práctica sobre el que la ficcion habria podido, en el antiguo derecho, ejercer cierta influencia. Si un ciudadano al morir dejaba una usucapion comenzada pero no cumplida, la usucapion se interrumpia porque la sucesion era incapaz de poseer. Pero como el rigor del derecho habria tenido consecuencias muy duras, se admitió á título de *jus singulare* que la usucapion continuase y aun que pudiera cumplirse antes de la adiccion de la herencia (*s*). Se podria intentar poner en relacion con la ficcion de que nos ocupamos esta decision importante para la práctica, y antes de Justiniano, en el ejemplo precitado de un testamento militar, habria tenido su utilidad: con relacion al difunto la usucapion continuaba; referida á un heredero testamentario *peregrinus* personalmente incapaz de la usucapion, se interrumpia. Sin embargo, ninguno de los textos citados ha recurrido á esta ficcion, y todos consideran la regla sobre la usucapion como especial y aislada; sin duda, porque la ficcion tenia en general por objeto relaciones de derecho puro, y no relaciones que suponen actos, y la voluntad del hombre y la posesion tienen precisamente este carácter (*t*).

Los resultados de la investigacion sobre las sucesiones, consideradas como personas jurídicas, pueden reasumirse en los siguientes:

1.° La sucesion no aceptada, aun entre los romanos, no era una persona jurídica, y si un texto la asimila á una corporacion (nota *a*), esto quiere decir que la una y la otra dan lugar á una ficcion, pero de naturaleza diferente, porque en cada una de ellas la ficcion difiere por su principio y por su fin.

(*s*) L. 31, § 5; L. 40; L. 44, § 3, de usurp. (XLI, 3). L. 30, pr. ex quib. causis maj. (IV, 5).

(*t*) L. 1, § 15, si is qui tut. (XLVII, 4). L. 61, pr. § 1, de adqu. rer. dom. (XLI, 1). L. 26, de stip. serv. (XLV, 3). (Este último texto se halla tambien en los Vaticana Fragmenta § 55). La herencia, incapaz de poseer, no podia ser robada ni por consiguiente tener la actio furtis. L. 68, 69, 70 de furtis. (XLVII, 2). L. 2, expil. hered. (XLVII, 19).

2.º Entre los romanos la ficcion aplicada á la sucesion, tenia por objeto facilitar ciertas adquisiciones por medio de los esclavos dependientes de ella.

3.º Se juzga sin razon esta particularidad de la sucesion no aceptada, como conservada en el derecho moderno, puesto que este no reconoce las adquisiciones por medio de los esclavos.

§ CIII.—*Modos diferentes segun los cuales las relaciones de derecho se refieren á las personas.*

He procurado ver en este capítulo cuáles son los sujetos posibles de las relaciones de derecho, desde luego, segun la naturaleza general de las mismas; despues, segun el derecho positivo que ya las restrinje, ya las extiende artificialmente en su capacidad natural. Determinados estos puntos, queda la cuestion de saber cómo las relaciones de derecho se unen á los sujetos capaces de sostenerlas. Un acontecimiento relativo á un indivíduo determinado, es decir, un acto procedente de la actividad humana ó afectando su pasividad, es de ordinario el lazo que une la relacion de derecho al sujeto. Así, cada uno puede adquirir la propiedad por la tradicion ó la ocupacion, hacerse acreedor ó deudor en virtud de convenciones: deudor, á consecuencia de los delitos que cometa; acreedor, debido este su carácter respecto á los que con él se cometan. Todo esto se aplica igualmente á las personas jurídicas, con la diferencia de que los actos de sus representantes son considerados como sus propios actos. La naturaleza general de los hechos que sirven para establecer este lazo regular entre las personas y las relaciones de derecho, será objeto del capítulo siguiente.

Hay además, otra especie de vínculo, más artificial, que no afecta al indivíduo en su actividad ó pasividad determinadamente, sino á ciertas condiciones que pueden referirse á los indivíduos más diversos. Este vínculo excepcional procede á veces de la misma naturaleza especial de las relaciones de derecho, y otras, resulta tambien de la voluntad del hombre. Una voluntad de esta clase encuentra raramente lugar en los contratos en donde se estipula sobre intereses actuales y claramente determinados; con mayor frecuencia en los actos de última voluntad que, disponiendo para un

porvenir incierto, préstanse solo á la vaguedad y la incertidumbre; algunas veces tambien en los decretos de la autoridad soberana, dados bajo la forma de privilegios. Un acto de última voluntad que defiriese una sucesion á una persona incierta (incerta persona), seria nulo en el antiguo derecho romano, no siendo despues válido hasta la época de Justiniano (§ 93, *q*).

Las condiciones generales á las cuales se une una relacion de derecho, destinada desde luego á ser comunicada á las personas que se encuentran en esta situacion, se nos muestran bajo las formas siguientes:

I. Relaciones de derecho público. Cuando en Roma, por ejemplo, se hacia un legado al emperador (quod *principi* relictum est), se entendia al emperador reinante entonces, es decir, al que lo era cuando la sucesion se abria y no al que vivia en la época del testamento. Este legado se hacia realmente á una *incerta persona*, y, si se admitia aún antiguamente su validez era porque se habia trasladado del fisco á la persona del príncipe la excepcion de las restricciones del derecho civil (§ 101). Pero no así cuando se trataba de un legado hecho á la emperatriz, pues que entonces se referia siempre á la existente en la época del testamento, no obstante que en mayor número de casos estos legados eran nulos respecto de los hechos á los emperadores. Interpretados más ampliamente, habrian caido bajo la prohibicion general que pesaba contra las personas inciertas, y tal es sin duda la razon de esta diferencia (*a*). Del mismo modo, una renta dejada por fideicomiso á los sacerdotes y sirvientes de un templo determinado, era considerada como renta perpétua, pagadera anualmente á las personas revestidas de estas funciones. Aquí la prohibicion relativa á la *incerta persona* era levantada, porque se le miraba como verdadero legatario: el templo mismo que era una perfecta persona jurídica, *certa persona* (§ 93, *m*), y el señalamiento hecho al sacerdote y los sirvientes, se consideraba como un modo ó forma de emplear la renta (*b*). Lo mismo sucederia hoy con una renta anual cons-

(*a*) L. 56, 56, de leg. (XXXI, un).

(*b*) L. 20, § 1, de ann. leg: (XXXIII, 1). «Respondit, secundum ea quæ proponerentur, *ministerium* nominatorum *designatum* (no los

tituida por un funcionario público en favor de todos los que le sucedieran en su empleo.

II. Relacion de derecho privado. A esta clase pertenecen: las servidumbres rurales, no por el hecho de las voluntades individuales, sino segun la naturaleza misma de la institucion (*c*); el régimen del *aqua ex castello*, que no es una servidumbre, porque no es una voluntad privada quien lo establece, y sí una decision de la autoridad pública (*d*); y, finalmente, los derechos que dá la propiedad de un colonato sobre todos los colonos que nacen bajo su dependencia (§ 54).

En el derecho germánico esta materia tiene mucha extension é importancia, abrazando la mayor parte de las rentas y otras cargas diferentes territoriales, tanto con respecto al acreedor como á los deudores (*e*); con relacion al titular, las cargas que impone á los feudatarios, unidas siempre á la propiedad de un inmueble: y por último, la servidumbre de la Gleba. El derecho prusiano llama á estos derechos reales, con relacion al sujeto, para distinguirlos de los verdaderos derechos reales con relacion al objeto, y que se denominan

---

individuos existentes en la época del testamento) *cæterum datum templo.*»

(*c*) Es decir, las servidumbres rurales con relacion al propietario del fundo dominante; porque ellas pertenecen á todos los propietarios de este fundo: no con respecto al propietario del prédio sirviente, pues la servidumbre debe ser reconocida y respetada, no solo por el propietario del *prædium serviens*, sino por todos.

(*d*) L. 1, § 43, de aqua (XLIII, 22):

(*e*) El derecho á los censos feudales es de ordinario el *annexum* de una propiedad territorial; pero no siempre, porque hay diezmos personales y en algunos sitios derechos de servicios pertenecientes á una persona.—El pago de estos censos es tambien lo más frecuentemente una obligacion aneja á la posesion de un inmueble, por ejemplo, las prestaciones en dinero y en efectos y los servicios: en cuanto á los diezmos, son de ordinario un puro *jus in re*, es decir, el derecho de tomar la décima gavilla sobre un campo determinado, sin que de su parte el deudor del diezmo tenga que llenar obligacion positiva alguna.

derechos sobre la cosa (*f*). Un vínculo parecido puede todavía establecerse por un acto de la voluntad individual y citaré como ejemplo la liberacion del impuesto territorial, concedida por privilegio á un inmueble ó una cierta clase de inmuebles, es decir, á todos los que por consecuencia tuvieran la propiedad de estos inmuebles.

III. Simple relacion de hecho. Tales son en derecho romano las obligaciones del que se encuentra accidentalmente obligado á restituir ó producir una cosa á consecuencia de *actiones in rem scriptœ* (*quod metus causa* et *ad exibendum*); en derecho germánico los derechos de carga ó prestacion con relacion á los obligados; y así es cómo cada habitante de un distrito determinado, independientemente de todo compromiso personal, tiene la obligacion de no dirigirse, para los objetos comprendidos en la carga real, á otra persona distinta del titular. Estos diferentes casos entran en la naturaleza general de las instituciones que nos ocupan; pero una voluntad individual, principalmente un privilegio de soberano, puede tambien unir un derecho á la pura relacion de hecho.

Los diversos modos artificiales segun los cuales las relaciones de derecho se ligan á personas determinadas, han sido representados en nuestros dias como personas jurídicas, y en mi opinion, equivocadamente (*g*). En efecto, sea que se trate

---

(*f*) A. L. R. Th. I. tít. 1, § 125-130, en donde se añade que si la ley habla de derechos reales sin ninguna otra designacion, es preciso tomar estas palabras en su segundo sentido, como el más frecuente y general.

(*g*) Heisse Grundriss, t. I, § 98, nota 15. «Se llama persona jurídica todo lo que, *independientemente del individuo*, es reconocido por el Estado como sujeto de derecho. Pero es necesario una realidad que constituya ó represente la persona jurídica, la cual puede ser: 1.°, una agregacion de hombres ó un hombre solo el que, por ejemplo, revestido de ciertas funciónes...: y 2.°, esta realidad puede ser una cosa, verbigracia, un inmueble, si se trata de una servidumbre ó de derechos subjetivos reales establecidos en Alemania, etc.—Se puede admitir la definicion y rechazar la enumeracion de los casos, pues el sujeto de una servidumbre rural, etc., es siempre un hombre individual,

de una renta anual aneja á una funcion, ó de una servidumbre rural, el titular es siempre un indivíduo, una persona natural. Solamente la manera como este titular es designado, camino que conduce al ejercicio del derecho, está regulada por principios especiales y de una naturaleza excepcional, no encontrándose ningun rastro de la representacion, requisito esencial de toda persona jurídica. En materia de servidumbres rurales, por ejemplo, el propietario del fundo dominante dispone de la servidumbre con la misma independencia que de sus otros bienes, pudiendo libertar el fundo sirviente á título oneroso ó gratuito. De igual modo todavía, el funcionario dispone libremente de la renta que tiene asignada durante el tiempo que duran sus funciones y no administra á nombre de una persona ficticia, sino que ella forma parte de sus bienes como todo otro derecho. Si no puede privar de la renta á su sucesor, es una restriccion análoga á la de un legatario que, á su muerte, restituye en virtud de un fideicomiso la casa que le ha sido legada: en ambos casos falta todo motivo para considerar el sujeto de derecho como una persona jurídica.

Despues de haber mostrado cómo las relaciones de derecho se refieren á las personas, queda por resolver la importante cuestion de saber á cuántas personas puede abrazar una relacion jurídica. Respecto á este punto reina una gran diversidad de opiniones. Muchas de dichas relaciones, como el matrimonio, el uso, las servidumbres rurales (*h*), no

---

y desde este momento no es un sujeto *independientemente del indivíduo*.—Hasse dice tambíen: «El príncipe, por ejemplo, es considerado como persona jurídica por los jurisconsultos romanos. Se vé que ellos tenian presente el órden de suceder segun la L. 56 de leg. (XXXI, un.). (Archiv. t. V, p. 67).

(*h*) Así, muchos vecinos que tienen derecho de paso sobre un mismo fundo, no ejercen parcial ó solidariamente un solo y mismo derecho; cada uno de ellos tiene una servidumbre, un derecho de todo punto independiente de la servidumbre de los otros. Si estos diferentes derechos pueden ejercerse sin colision sobre el mismo inmueble, es porque se obra á la manera de la cual se usa ordinariamente de un camino, esto es, por la misma naturaleza de la servidumbre.

pueden tener sino una sola persona por sujeto; otras, como la propiedad, el usufructo y la enfiteusis, pueden alcanzar á muchas personas, pero separadamente. Otras, finalmente, las obligaciones y el derecho de paso, por ejemplo, se extiende á muchas personas, sea separada, sea solidariamente, limitándose á hacer aquí solo una indicacion general, y es que el estudio profundo de estos diferentes casos estará más justificado cuando me ocupe de las instituciones en sí mismas y en lugar más propio.

CAPÍTULO III.

DEL NACIMIENTO Y EXTINCION DE LAS RELACIONES JURÍDICAS.

§ CIV.—*Introduccion.*

Habia dicho ya (§ 52) que la ciencia del derecho no tenia por objeto sino derechos adquiridos; lo cual significa que las relaciones jurídicas cuya esencia vamos á estudiar, como tales, no existen en el fondo de la naturaleza humana, sino que proceden de afuera y se unen á ella. La posibilidad, y lo que es más, su carácter necesario, su gérmen, se encuentra en un grado igual con respecto á cada hombre y lleva consigo la expresion de su exigencia interna: mas el desenvolvimiento de este gérmen tiene un carácter individual y contingente que se manifiesta por la variedad indefinida, fácil de notar en la extension de los derechos correspondientes á cada uno de ellos. Nos engañaríamos si tomando esta definicion añadiéramos que todos los derechos de una persona eran adquiridos en el curso de su vida, porque si esto sucede así con la mayor parte, hay tambien derechos numerosos é importantes que comienzan en el mismo instante del nacimiento, pues se fundan precisamente sobre este hecho verificado en condiciones determinadas *(a)*.

(*a*) Así, v. g., empiezan para el hijo en el momento de su nacimiento la cognacion, al menos con su madre; la dependencia, la pátria potestad con el padre de ordinario y la agnacion con sus agnados. Si el padre, bajo cuyo poder debiera estar no existe, el hijo adquiere, en el instante de su nacimiento, la totalidad ó una parte de los bienes de aquél.

Ahora bien, cada relacion de derecho tiene sus reglas especiales segun las cuales nace y se extingue para una persona determinada.

Estas reglas tienen tanta importancia (*b*) que, en la mayoría de los casos, forman el objeto único de nuestro estudio y del asunto de las investigaciones que nos hemos propuesto. Algunas veces tambien hay en las reglas especiales á cada clase de derecho prescripciones comunes que, si han de ser bien comprendidas, tienen necesidad de agruparse y estudiarse en sí mismas: estas prescripciones entran en la parte general del sistema (§ 58) y su exposicion constituye la materia del presente libro.

Llamo *hechos jurídicos* los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. Así, todos estos hechos tienen por carácter comun entrañar con el tiempo un cambio de las relaciones de derecho entre personas determinadas. Mas en el seno de dicha naturaleza comun existen numerosas diferencias: voy á examinar las principales señalando los elementos cuya importancia ha de exigirnos una exposicion especial y minuciosa.

I. Los hechos jurídicos son positivos ó negativos, segun que sea indispensable la realizacion ó la omision de un acto para que el derecho comience ó termine. De estas dos clases la primera es sin duda alguna la más numerosa é importante.

II. Segun lo que precede, los hechos jurídicos llevan en sí

(*b*) Esta importancia es reconocida y aun exagerada por Ulpiano L. y 41, de Seg. (I, 3). «*Totum* autem jus consistit aut in adquirendo, aut in conservando, aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum quid cujusque fiat: aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet: aut quomodo alienet aut amittat.» Entre ambos términos, Ulpiano introdujo un tercero: *conservare*. Tomado en su sentido directo, el efecto de la duracion del derecho mismo, este término puede conducirnos á la negacion del tercero ó á la afirmacion del primero, y, entonces, el «*totum* jus consistit» dice ya demasiado. Si por el contrario, se entiende por *conservare* la retencion del uso ó la persecucion del derecho, los tres términos abrazan efectivamente la gran mayoría de las reglas jurídicas; pero su naturaleza no es tan afin que justifique esta union.

como resultado el notar el principio ó el fin de las relaciones jurídicas. Sin embargo, muchos de ellos, y de los más importantes, no presentan exclusivamente el uno ó el otro de estos caractéres, sino que ofrecen una mezcla de ambos. Tal resultado mixto se encuentra en la transformacion ó metamórfosis de las relaciones de derecho (§ 59); porque entonces el hecho jurídico destruye la antigua relacion y engendra una nueva.

La transformacion en sí misma puede presentarse bajo dos formas diferentes: A) Subjetivamente; cuando la relacion es traspasada de una persona á otra y continuada por la sustitucion de un nuevo sujeto, que es lo que se llama *succession*, cuya naturaleza general examinaré despues. B) Objetivamente; si se le considera como persistente, á pesar de la modificacion de su contenido. Esta transformacion objetiva halla su verdadero y completo desenvolvimiento en el derecho de obligaciones (*c*). Es indudable que se hacen tambien aplicaciones á otras materias; pero es tan solo en cuanto se las somete á los principios generales y á las reglas de las obligaciones (*d*). Mas tiene la materia un carácter tan concreto que es mejor abandonarla desde luego que intentar una investigacion fria é insuficiente por necesidad, á ménos que anticipándonos entraremos precipitadamente en el dominio del derecho de obligaciones.

III. Los hechos jurídicos pueden proceder:

A) De *actos libres* de la persona interesada, es decir, de aquella á quien afecta la ganancia ó la pérdida.

B) De circunstancias accidentales, comprendiéndose tambien aquí los actos y las omisiones de un tercero (*e*).

(*c*) En la doctrina del *dolus*, *culpa*, *casus*, y de los perjuicios exigibles.

(*d*) Así, por ejemplo, en la *rei vindicatio* el que *dolo dessit possidere* es un verdadero demandante, y el dolo y la falta del demandado tienen en el juicio la más alta importancia. Sin embargo, tambien en el caso presente la relacion entre el actor y el demandado toma un carácter obligatorio.

(*e*) Cuando soy víctima de un robo y adquiero por tanto un derecho, hay de parte del ladron un acto libre; pero de la mia un hecho

En cuanto á los actos libres la voluntad del agente es susceptible de dos modos de actividad: *a*) puede tener por objeto inmediato formar ó destruir la relacion de derecho, aun cuando esto no sea sino un medio de conseguir un fin ulterior no jurídico (*f*); y entonces se llama á los hechos de esta especie *manifestaciones de voluntad*. *b*) Puede tener directamente por objeto un fin no jurídico, de suerte que los efectos jurídicos aparezcan á la conciencia como subordinados (*g*), ó no aparezcan en absoluto (*h*).

Finalmente, las manifestaciones de la voluntad se nos ofrecen bajo dos formas diversas: 1.° Como expresion de una voluntad única, y citaré en primer término los testamentos que encontrarán su lugar oportuno en una parte especial del sistema, el derecho de sucesiones. 2.° Como el concurso de dos ó más voluntades, es decir, como contrato (*i*).

Dichos principios generales se encuentran con rasgos individuales en las diversas materias del derecho, la propiedad y los restantes derechos reales, las obligaciones, el derecho

---

accidental independiente de mi voluntad. Si, dejando pasar un término, incurro en caducidad ó prescripcion, aquí no hay nunca acto libre: he dejado trascurrir el plazo por olvido ó con intencion.

(*f*) El que compra una casa, acepta con conocimiento de causa una relacion jurídica que le crea derechos y obligaciones; pero no es para él sino un medio, ya de habitarla, ya de realizar un beneficio arrendándola ó vendiéndola de nuevo.

(*g*) El cazador que persigue un animal quiere gozar del placer de la caza y áun comer el animal ó venderle: en cuanto á la ocupacion como medio de adquirir la propiedad, él no se dá cuenta tan claramente. El que manda hacer reparaciones en la propiepad de un amigo ausente, que son necesarias, se propone evitar un daño; pero piensa establecer el cuasi contrato de la *negotiorum gestio* ó en el tít. V del libro III del Digesto.

(*h*) El que me roba, no se propone ciertamente constituirse en deudor mio *ex delicto*. Este acto tambien, accidental para mí (nota *e*) y libre para el ladron, no es llamado acto jurídico, aun bajo su último aspecto.

(*i*) Así el contrato que para cada una de las partes contratantes engendra derechos y obligaciones, es además para ellas un acto libre y una manifestacion de voluntad propiamente dicha.

de sucesion y las relaciones de familia. El estudio de estas manifestaciones concretas entra en la exposicion de las diferentes instituciones, ó, lo que es igual, en la parte especial del sistema. Sin embargo, las manifestaciones de la voluntad revisten dos formas de tal modo comprensivas y aplicables á las instituciones más varias que su exámen profundo no puede ser hecho con oportunidad sino aquí: hablo de los *contratos* y de las *donaciones*.

IV. Finalmente, resta mencionar los hechos que contienen, como elemento esencial, el lapso de cierto plazo, y que por consecuencia dependen del establecimiento de un límite fijo de tiempo.

Despues de esta revista-sumario debo tratar detalladamente de los diferentes hechos jurídicos, y, ante todo, de los más importantes por su naturaleza y de las variantes que presentan. Entre ellos figuran:

I. Las sucesiones.
II. Los actos libres.
III. Las manifestaciones de la voluntad.
IV. Los contratos.
V. Las donaciones.
VI. Los hechos que dependen de la fijacion de un tiempo limitado.

Citaré en segundo lugar los obstáculos que se oponen á la eficacia de los hechos jurídicos, ó las diferentes especies de nulidad y sus causas. Esta primera faz de los hechos jurídicos por lo que toca á su teoría, puede llamársele su lado positivo: la segunda su lado negativo.

§ CV.—*De los principales hechos jurídicos.—I. Sucesiones.*

He demostrado antes que los hechos jurídicos aplicados á las relaciones de derecho, daban siempre por resultado un cambio en el tiempo, cambio que podia tambien verificarse

---

(*a*) Se dirá, quizá, que si el heredero es sucesor del difunto, trascurre entre la muerte y la adicion de la herencia un tiempo durante el cual los bienes están realmente sin dueño; pero siempre, desde la adicion de la herencia, los derechos del heredero se refieren, á virtud de una ficcion legal, al momento de la muerte. Véase § 102, *b*.

por la sustitucion de un nuevo sujeto (§ 104): este órden de hechos se llama sucesion y vamos á procurar ahora dar una idea de su naturaleza.

Para admitir tal sucesion jurídica, es decir, la transformacion puramente subjetiva de una relacion de derecho, es necesario suponer que la identidad de la relacion misma persiste: para admitir ésta no basta haya una misma especie de derecho aplicada á un mismo objeto. Si, por ejemplo, dos personas poseen el mismo inmueble en dos épocas diferentes, esta circunstancia es insuficiente para establecer entre ellas una sucesion.

La sucesion implica entre ambas relaciones jurídicas un lazo de tal manera íntimo que se las puede mirar como una sola y única relacion trasmitida de una persona á otra. Para que el lazo exista es necesario que el derecho posterior en fecha se ligue inmediatamente al primero. Si, pues, una cosa abandonada por su dueño, es despues ocupada por otro, el solo intervalo que separa á ambas posesiones, impide que exista sucesion (*a*). Pero la continuidad en el tiempo no basta aún: existe, por ejemplo, en la trasmision de la propiedad por medio de la usucapion y, sin embargo, no hay entre los dos propietarios ningun lazo jurídico. El lazo existe allí en donde la relacion de derecho posterior se funda sobre la primera, se desprende de ella como su consecuencia y se le une como su condicion. El tránsito de la propiedad de una mano á otra por medio de la tradicion nos ofrece un ejemplo: No solamente la propiedad nueva comienza en el instante mismo en que cesa la antigua, sino que no comienza hasta llegado el caso de que el primer poseedor fuera realmente propietario. Semejante dependiencia de un derecho anterior, no se encuentra en las adquisiciones hechas mediante la usucapion. Existiendo un vínculo de dependencia entre el primero y segundo derecho, podemos solo identificarles, y este caso, puesto frente á los que acabo de enumerar, ha parecido tan fecundo en consecuencias é importante que para designarlo se ha creado una expresion técnica, *successio*.

El modo más sencillo y natural de considerar las relaciones de derecho, es ver la persona interesada como la sustancia permanente y el derecho mismo como un accidente que, segun las circunstancias, es ó no inherente á la per-

sona (§ 4, 52). La definicion de las sucesiones nos lleva á invertir la posicion respectiva de la persona y del derecho. Este se convierte entonces en la substancia permanente, pues que es susceptible de trasmitirse sin alteracion á una série de indivíduos que se reemplazan.

Si se trata ahora de saber si el principio de la sucesion se aplica igualmente á todas las especies de relaciones de derecho, se toca entonces una cuestion que debe resolverse negativamente: el derecho de bienes es el dominio verdadero de las sucesiones, y en cuanto á las relaciones de familia no ocupan sino un lugar muy secundario y poco importante. En efecto, siendo los bienes por su naturaleza exteriores y agenos á la persona, las partes de que se componen se encuentran frente á frente del hombre en una situacion por demás accidental y variable (§ 56); y de aquí que las aplicaciones más amplias y numerosas del principio de la sucesion, están en perfecta armonía con la esencia del derecho de bienes.

Pero el derecho de familia, cuyas instituciones primitivas se ligan tan estrechamente á la naturaleza misma del hombre, no admite el principio de la sucesion y, en efecto, él no se aplica más que de dos modos. Citaré desde luego estas dos partes artificiales de la familia, fundadas sobre relaciones de bienes y desde este momento sometidas á las reglas ordinarias de la sucesion. Así el derecho del señor sobre sus esclavos se funda sobre la propiedad y forma parte de su sucesion como cualquier otra especie de dominio: el mismo principio de afinidad existe para el patronato, la *mancipii causa* y el colonato (§ 55). Además, dando el antiguo derecho romano en su consecuencia el carácter de propiedad á algunas partes de las relaciones de familia primitivas, ha hecho á la potestad pátria y á la autoridad marital, rigurosa *manus*, susceptibles de ser comprendidas en la sucesion (§ 55, *n*, 1, 4). Pero casi todas estas aplicaciones han sido borradas del derecho romano actual: unas habian, áun entre los romanos mismos, pasado al estado de símbolos, y otras desaparecieron largo tiempo antes de Justiniano. Una sola institucion del derecho de familia, la *datio in adoptionem* es todavía objeto de una sucesion verdadera; pero el principio de la sucesion no ejerce aquí influencia notable. Podemos concluir de todo cuanto hemos dicho que el derecho

de bienes es el dominio en donde el principio de la sucesion halla aplicaciones más importantes. Á lo que precede se une inmediatamente la gran division de las sucesiones en sucesiones por título singular ó por título universal (*b*).

Se llama sucesion por título singular la que tiene por objeto un derecho de bienes ó áun muchos; pero de tal suerte que cada uno de ellos sea trasmisible aisladamente, sin que esta reunion accidental establezca entre ellos ningun lazo de dependencia. El principio es muy sencillo y no adquiere significacion ni valor sino cuando se le opone á la otra clase de sucesion.

La sucesion por título universal tiene por objeto los bienes considerados como formando un todo ideal, abstraccion hecha de su contenido especial, tanto por lo que toca á la cantidad, á su valor en venta, como por lo referente á la calidad, es decir, la naturaleza de los derechos particulares que le componen y los objetos de estos derechos (§ 56) (*c*). Si, pues, la sucesion á título universal abraza los derechos particulares contenidos en el conjunto de los bienes, es solo mediatamente y como partes integrantes de la totalidad que forma el objeto propio de la sucesion. Las proposiciones siguientes acabarán de determinar este principio importante.

1.° El conjunto de los bienes considerado como un todo ideal, sin mirar á su contenido, forma el objeto de esta clase de sucesion. Sin embargo, ella puede tambien abrazar, no la totalidad, sino una determinada porcion de los bienes, porque esta porcion tiene por base necesaria el conjunto total, como la fraccion la unidad. Se comprende todavía que muchos derechos sean por su naturaleza incapaces de trasmi-

---

(*b*) Con el fin de precaver un error, debo advertir que las expresiones técnicas adoptadas por los autores modernos, *successio universalis et singularis* ó *particularis* no son auténticas; pero no podria sustituirlas con ninguna otra expresion tan precisa, tan clara ó tan generalmente admitida. Por lo demás, determinaré más adelante la verdadera fraseología.

(*c*) El escrito más importante sobre la naturaleza de la sucesion universal, es el de Hasse, *Universitas juris et rerum*: Archiv., vol. V, n, I (véase § 56, *o*), bien que esta investigacion no sea el fin principal del autor. La sucesion universal se define en la pág. 19.

tirse por sucesion y perezcan enteramente (*d*), porque la distraccion de ciertos derechos determinados no infiere perjuicio alguno á la esencia de la unidad de los bienes, única cosa de que aquí se trata.

2.° Siendo los bienes una *universitas* y la más importante de todas, se puede aún expresar el principio de este modo: el objeto de la sucesion por título universal es una *universitas*, considerada como tal; y veremos de aquí á poco que esta era efectivamente la expresion adoptada por los romanos para designar la especie de sucesion de que me ocupo. Frecuentemente se ha pretendido, pero sin razon, que tal sucesion podia existir para toda clase de *universitas*, por ejemplo, la dote ó el peculio (§ 56); siendo así que jamás puede ser empleada sino para la universalidad de los bienes.

3.° El signo característico de la sucesion por título universal es la trasmision inmediata de los créditos y deudas que componen el conjunto de los bienes (*e*); y no hay otro punto de vista en estas trasmisiones, pues que la sucesion por título singular no podria efectarlas (*f*).

4.° Dicha relacion artificial de derecho no es susceptible de extension alguna arbitraria, habiendo sido instituida especíalmente para un cierto número de casos determinados, en ninguno de los cuales la voluntad individual puede modificarla (*g*). Los principales se refieren á los bienes dejados

---

(*d*) Hasse, p, 24.—Así, por ejemplo, la herencia es una sucesion universal como la abrogacion. Sin embargo, en el primer caso el usufructo del difunto se extingue, y en el segundo, no solo el usufructo, sino tambien toda deuda del abrogado.

(*e*) Hasse, p. 21.—Para la herencia no hay duda: en caso de abrogacion, la mayor parte de los créditos pasan al padre adoptivo, y lo mismo aconteceria á las deudas si antes no se hubieren extinguido por la *capitis deminutio* (§ 70, n. III).—Con relacion al heredero, esta circunstancia se presenta como signo característico en la ley 37 *de adqu. vel om. her.* (XXIX, 2).

(*f*) En materia de obligaciones, no hay sucesion singular alguna; pero se suple en interés de las relaciones civiles. Asi se sustituye á una obligacion otra de idéntico valor (*novatio*) ó bien se persigue el cobro de un crédito por medio de un representante (*cessio actionis*).

(*g*) Estos casos se encuentran enumerados en Hasse, p. 49.

por un difunto, tales como la *hereditas, bonorum possessio, fideicommissaria hereditas* y otras relaciones semejantes. Los bienes de un hombre se trasmiten durante su vida de la misma manera, cuando el propietario pasa bajo el poder de otro (*arrogatio, in manum conventio*, la esclavitud impuesta coma una pena), y, además, cuando los bienes mismos son vendidos por los acreedores, segun el antiguo procedimiento. Sin duda, se puede tambien querer en otras muchas circunstancias trasmitir un conjunto de bienes; pero la voluntad de las partes no recibe ejecucion inmediata, porque la sucesion á título universal no admite aplicaciones arbitrarias, y, en este caso, las diversas partes de que los bienes se componen deben trasmitirse separadamente (*h*).

5.° Pudiera preguntarse ahora, por qué este principio creado para ciertos casos especiales, no se ha hecho extensivo á otros. Sin duda su orígen se refiere á una relacion muy antigua, renovada constantemente y de una alta importancia, la *hereditas*; ella debia comprender por fuerza los créditos y las deudas, y especialmente los *sacra*.

Este resultado práctico era fácil de obtener por medio de prescripciones particulares sobre cada uno de estos objetos; pero los romanos, cuyo tacto era tan seguro, prefirieron establecer un principio general aplicable á la materia y, en sus deducciones, á las cuestiones secundarias. A la *hereditas* se unen inmediatamente los otros casos principales, tales como la *bonorum possessio* que, en efecto, no son otra cosa

---

(*h*) Hasse, p. 23-40.—Los casos más importantes son aquellos en que una universalidad de bienes, es dada, constituida en dote, puesta en sociedad, y aquél en que un heredero enagena la sucesion que le ha sido conferida por derecho de devolucion. Se podria de algun modo colocar en cierta especie análoga de rango el *legatum partitionis* que figura como sucesion singular de una parte alícuota de la herencia. El testador podia tambien instituir el legado hereditario de esta parte alícuota, y entonces habria existido sucesion universal; su intencion ha sido, pues, precisamente encerrar esta parte alícuota en el límite de una sucesion singular. La restitucion de una sucesion fideicomisaria, pertenecia tambien á esta misma clase; pero el Senado-consulto Trebelliano le atribuyó el carácter de sucesion universal. Gayo, § 252, 253.

sino aplicaciones más lejanas del principio fundamental. Para la abrogacion, etc., era igualmente imposible encontrar una analogía más aproximada. De otra parte, repugnaba al espíritu judicial de los romanos extender esta institucion más allá de las necesidades inmediatas y, abandonar su aplicacion á la voluntad individual, podia llevar á resultados muy peligrosos (*i*). Así, pues, hay que decir, segun el sentido de los jurisconsultos romanos, que la aplicacion de las sucesiones á título universal es *iuris publici* (§ 16). Resta ahora determinar la fraseología exacta romana (*k*).

La expresion *successio* (*successor*, *succedere*), empleada sola, es equívoca, porque se toma en dos diferentes acepciones y su sentido verdadero no se puede apreciar con certeza sino haciéndose cargo de la totalidad del texto en que se le aplica. Frecuentemente designa de una manera exclusiva la sucesion universal (*l*), por ejemplo, en los textos en que se ven unidos *heredes ceterique successores* (*m*); tambien tiene de ordinario un sentido más limitado y denota la sucesion por título universal resultado de un fallecimiento (*n*). En otros, por el contrario, es una expresion genérica comprensiva de ambas especies de sucesiones; por ejemplo, allí en donde se aplica á ciertos casos especialmente determinados de la sucesion por título singular (*o*), y especialmente allí donde el

---

(*i*) Es indudable que los límites de la aplicacion no se asientan como necesidad absoluta; y entre los casos de una importancia secundaria, habia sido dado restringirlos ó añadir algunos, sin dañar en nada la esencia de la institucion. Hasse, p. 60, examina por qué los romanos han admitido estos casos con exclusion de cualquiera otros. Es una investigacion profunda, pero que no está exenta de sutileza.

(*k*) Cmp. Hasse, p. 40, sq.

(*l*) Gayo, III, § 82.—Pr. J. de eo qui lib. (III, II).—Inscript., tít. J., successionibus sublatis (III, 12).—D. 170 de V. S. (L. 16); L. 7, § 2, de cond. furt. (XIII, 1); L. 1, § 37, 43, de aqua (XLIII, 20), y muchos otros textos.

(*m*) L. I, § 44, 48, de vi (XLIII, 16); L. 14, § 1, de div. temp. (XLIV, 3); L. 17, § 1, de proc. (III, 3).

(*n*) Hasse., p. 43, sq.

(*o*) L. 17, § 5, de pactis (II, 14), «etsi *per donationem successio* facta sit.» L. 4, § 29, de doli exc. (XLIV, 4); L. 7, in f.; L. 8, de jurej. (XII, 2).

autor juzga necesario añadir alguna circunstancia para designar la sucesion de que se ocupa. Lenguaje que implica evidentemente que *successio,* sin adicion alguna, es una frase genérica que abraza las dos especies de sucesiones. Citaré brevemente numerosos ejemplos.

Para determinar la denominacion propia de cada sucesion, los textos más importantes son los en que se encuentran unidas y opuestas la una á la otra. Hé aquí algunos:

I. L. 3, §. de exc. rei vend. (XXI, 3). «Pari ratione etiam venditoris *successoribus* nocebit: sive *in universum jus,* sive *ni eam* dumtaxat *rem successerint.*»

II. L. I, § 13, quod leg. (XLIII, 3). «In locum successisse accepimus, sive *per universitatem,* sive *in rem* his *sit successum.*»

III. L. 37, de adqu. vel. om. her. (XXIX, 2). «Heres *in omne jus* mortui, non tantum *singularum rerum dominium succedit.*»

IV. L. 24, § I, de damno inf. (XXXIX, 2). «.....*successores* auten non solum qui *in universa bona succedunt,* sed et hi, qui *in rei tantum dominium successerint,* his verbis continentur (los términos de una extipulacion mencionada anteriormente, en donde la expresion *successorum* se encontraba empleada sin otra designacion.)»

Pasemos ahora la vista, segun estos textos y otros además sobre las expresiones empleadas para designar una y otra especie de sucesion.

A. Sucesiones por título universal.

Per universitatem successio ó succedere.

N. II de los textos citados.

Pr. J. de succ. subl. (III, 12).

Per universitatem adquirere ó adquisitio.

§ I. J. de succ. subl. (III, 12).

§ 6, J. per quas pers. (II, 9).

Gaius II, §, 97.

Per universitatem transire.

L, 62, de adqu. rer. dom. (XLI, 1).

L. I, § I, de fundo dot. (XXIII, 5).

Universitatis successio.

L. 3, pr. B. P. (XXXVII, 1).

In jus succedere.

L. 9, § I, de edendo (II, 13).

L. 177, § I, de R. J. (L. 17).
L. 3, pr. de B. P. (XXXVII, I).
In omne jus sucedere.
Núm. III de los textos citados.
L. II, de div. temp. (XLIV, 3).
In universum jus succedere et successio.
N. I, de los textos citados.
L. 19, § 5, de ædil. ed. (XXI, 1).
L. 24, de V. S. (L. 16).
L. 52. de R. J. (L. 17).
Juris successor.
L. 9, § 12, de her. inst. (XXVIII, 5).
L. 9, § I, de edendo (II, 13).
L. II, J. de test. ord. (II, 10),
In universa bona succedere.
N. IV de los textos citados.
B. Sucesion por título singular.
In rem succedere.
N. I, II de los textos citados.
L. 8, de jure j. (XII, 2).
In rei dominium succedere.
N. IV de los textos citados.
In singulorum dominíum succedere.
N. III de los textos citados.

En cuanto á las formas per universitatem succedere, etc., observo que no designan ellas de una manera directa la sucesion por título universal, es decir, la totalidad de los bienes como *universitas*; se aplican á la adquisicion de un objeto particular, pero solo como dependientes de la *universitas* de la cual forman parte integrante.

§ CVI.—II.—*Actos libres.—Impedimentos: A. La edad. Preliminar.*

Los actos libres en su relacion con los vínculos jurídicos, pueden ser considerados como *objetos* ó como *principios generadores* de los derechos. De estos dos diversos puntos de vista, el primero no es aplicable sino á una clase particular de derechos, las obligaciones, y desde entonces corresponde á la parte especial del sistema. Pero el segundo, en donde los actos libres nos aparecen como el principio que engendra

ó destruye la relacion de derecho, formando por ello la clase más importante de los hechos jurídicos, es un punto de vista del cual debemos ocuparnos aquí, porque es materia mediante la cual cabe resolver, una vez sabida, una gran cuestion general: ¿cuáles son las condiciones personales de la *capacidad de obrar* (*a*), ó para expresarnos de una manera más explícita, qué impedimentos anulan ó limitan esta capacidad? ¿Cuáles son sus límites artificiales?

Los impedimentos que oponen una traba á la capacidad de obrar ó al ejercicio libre y completo de la inteligencia pueden reducirse á los casos siguientes, que vamos sucesivamente á estudiar:

La falta de la mayor edad.

La enagenacion mental.

La interdiccion.

La naturaleza de las personas jurídicas.

Es evidente que el hombre en el momento de su nacimiento, está completamente privado del uso de la razon; pero entre este estado y el desenvolvimiento completo de la inteligencia existe una multitud de progresos sucesivos y de todo punto imperceptibles. Resultan de aquí para la aplicacion del derecho dos dificultades muy graves: la primera proviene de la incertidumbre sobre el término de la vida; la segunda del desenvolvimtento desigual de la inteligencia de los individuos. Las necesidades de la práctica piden una solucion perentoria de este doble problema por reglas positivas como el único medio de salvar la dificultad; y tal es el

(*a*) He señalado (§ 60) la diferencia esencial que existe entre la capacidad de derecho y la capacidad de obrar; hé aquí ahora sus relaciones recíprocas: el que tiene la capacidad de derecho es segun las circunstancias capaz ó incapaz de obrar; el que carece de ella es por esto mismo incapaz de obrar, pues sus actos no podrian producir efecto alguno. Si en algun punto sucede de otro modo, no son, hablando legalmente, sus actos sino los de un tercero que tiene su representacion: así, v. g:, el esclavo romano podia verificar los actos más importantes, áun las emancipaciones y estipulaciones; pero entonces él era solo el instrumento jurídico de su señor, al cual se le imputaban estos actos como si emanasen personalmente de él.

sentido de todas las disposiciones del derecho positivo relativas á la edad; disposiciones que influyen no sobre la capacidad de derecho, sino sobre la facultad de obrar, y cuya exposicion detallada encuentra naturalmente aquí su lugar verdadero.

El derecho romano reconocia tres grandes épocas en la vida humana, que se encuentra así dividida en cuatro períodos jurídicos.

1.° Desde el nacimiento hasta terminados los siete años: *infantes, qui fari non possunt*: infantes.

2.° Desde el sétimo año hasta los catorce ó doce segun el sexo: *qui fari possunt* (entre los autores modernos, *infantia majores*). Durante estos dos primeros períodos, *impuberes*, impuberos.

3.° Desde los catorce años ó desde los doce respectivamente hasta los veinticinco;—*adolescentes*, *adulti*.—Durante estos dos primeros períodos,—*minores* (*b*), menores. Durante este período y el siguiente—*puberes*, puberos.

4.° Desde los veinticinco años hasta la muerte *majores*, mayores. Antes de pasar adelante debo observar que en el establecimiento de dichas tres épocas la intermedia (*pubertas*), es la más antigua y á la vez la de mayor importancia (*c*). Vemos, en efecto, desde los primeros tiempos históricos, al derecho romano reconocer que el uso completo de la razon no comenzaba sino con la pubertad: antes de esta época, el hombre, incapaz para obrar, necesitaba un tutor que le administrase sus bienes; y, á partir desde esta época, como ya tuviese plena capacidad de obrar, disponía de sus bienes sin necesidad de tutor (*d*).

(*b*) *Minores* es la abreviatura de minores XXV annis. Lo mismo acontece con la palabra *majores*.

(*c*) La importancia predominante de la *pubertas* se reconoce tambien en que la edad de los *Impuberes* y de los *Puberes* se llama *prima et secunda ætas* como si fuesen las únicas distinciones tocantes á la edad. L. 30, C. de ep. aud. (I, 4); L. 10, C. de impub. et al. subst. (VI, 26); L. 8, § 3, C. de bonis quæ lib. (VI, 61).

(*d*) Para los hombres la tutela concluia definitivamente; para las mujeres comenzaba una nueva tutela (*mulliebris*), pero la cual no tenia relacion alguna con la edad, ni ésta por tanto determinaba nunca su extincion.

Pero ambas reglas han sufrido modificaciones sucesivas que hacen se refieran la primera y tercera época. El fin de la infancia marca el momento á partir del cual comienza una cierta capacidad de obrar, del mismo modo que la conclusion de la primera edad determina el instante en que cesan las restricciones impuestas sucesivamente á la capacidad absoluta de obrar que tuvieron en otro tiempo los menores.

De dichos cuatro períodos, el último no exige consideracion alguna particular, porque constituia el estado normal en donde la capacidad de obrar no estaba limitada por ningun obstáculo. Paso, pues, al exámen de los tres restantes períodos, procurando determinar los límites de cada uno de ellos en cuanto á su significacion práctica, indicando á la vez y en la medida de lo posible, el orígen histórico de las reglas de derecho á los mismos concernientes.

§ CVII.—II. *Actos libres.—Impedimentos*: A. *La Edad. Infantes et qui fari possunt.*

Pregúntase ante todo qué es lo que movió á los romanos á crear en el seno de la menor edad un periodo distinto bajo el nombre de *infantia* ó, en otros términos, cuál es la significacion práctica de la *infantia*.

Segun el rigor del antíguo principio, los *impúberes* eran absolutamente incapaces para todo acto jurídico, y, en atencion á este criterio se les daba un tutor que obrase por ellos (§ 106). Pero la aplicacion inflexible de este principio, aun en el caso mismo en que el impúbero libre del poder paterno tenia bienes propios, hubiese entorpecido de un modo singular las transaciones en la vida social y causado un grave perjuicio al mismo impúbero. En efecto, para la mayor parte de los actos y los más importantes, el antíguo derecho exigia la presencia de las dos partes interesadas, y, la representacion por un extraño que aquí lo habria sido el tutor, seria imposible porque no habria producido resultado alguno. Así, el tutor del impúbero habria podido cultivar sus terrenos, recibir sus arrendamientos y las rentas producto del capital, hacer frente á sus gastos y, en suma, administrar los negocios corrientes; pero los actos jurídicos más ventajosos y aún los más necesarios, la mancipacion, la estipulacion, el contrato de venta le hubieran estado completamente

prohibidos con grave detrimento de su pupilo. Ahora bien; ¿cómo precaver estós inconvenientes?

Ocurrióseles una consideracion muy sencilla: si la época de la pubertad se ha fijado como condicion de la capacidad de obrar, es en virtud de la presuncion de que llegado el hombre á la edad referida tiene el discernimiento necesario para velar por sus intereses; pero no juzgando nunca á un tiempo que este discernimiento debiera declararse desde luego completo. Existía desde algun tiempo antes (*prope pubertatem*); y, siendo así, se podia sin inconveniente, dejar obrar al impúbero *proximus pobertati*, con tal que se le garantizara contra todo perjuicio, y la garantía más segura era permitirle actos en los cuales nada aventuraba, tales como el *stipulari*, exigiendo el consentimiento del tutor para los que pudiesen comprometer los intereses de aquél, como, por ejemplo, el *promittere*. Por este medio se facilitaban sin peligro las transaciones de la vida social, dándose una hábil resolucion á la dificultad que señalábamos; la cual fué adoptada por los romanos seguramente, siendo de notar que no lo hicieron como excepcion de un principio general, sino estimándola como una regla absoluta que por sí misma se justificaba.

Sin embargo, no era todavía suficiente el remedio porque su aplicacion quedaba limitada á un tiempo muy corto, y hubo de recurrirse entonces á un medio más eficaz. Dióse un paso nuevo y se admitió que el impúbero, áun antes de la edad en que se le reconocia inteligencia para los negocios, podia obrar por sí, si bien siempre con las garantías antes mencionadas, esto es, en el caso solo de que no corriese ningun riesgo, y, en los restantes, con el consentimiento de su tutor. Observemos aquí que los romanos no han mirado esta segunda medida como un principio por sí mismo explicable, sino como una regla enteramente positiva destinada á facilitar las transaciones, como *benigna interpretatio utilitatis causa recepta* (*a*), y, por tanto, como un derecho singular

---

(*a*) Este pensamiento está expresado de la manera más explícita en el § 9, 10, J. de inst. stip. (III, 19).—«Pupillus omne negotium recte gerit,.. Sed quod diximus de pupillis, utique de his rerum est, qui

(§ 16). Así, pues, salvo las garantías antes indicadas, el impúbero podia obrar aun antes de tener inteligencia de sus actos, y esto es lo que constituia la anomalía á los ojos de los romanos, en tanto que consideraban como natural la capacidad del *pubertati proximus*.

No obstante, si los actos jurídicos no habian de dejar ni un momento la seriedad que les corresponde, esta facultad debia estar encerrada dentro de ciertos límites. Comenzaba á la terminacion de la *infantia*, y su significacion práctica definíase así: son los años durante los cuales el hombre no es capaz de obrar, bien sea solo, bien con la asistencia de su tutor (*b*).

Mas, ¿en qué epoca termina la *infantia*? *Infans* designa literalmente al que no habla, ó mejor, que no habla todavía, porque se llama *mutus* al que por un vicio de organizacion está privado de la palabra (*c*). Es cierto que los romanos tomaban la frase en un sentido etimológico, pues empleaban indiferentemente *infans* et *qui fari non potest*, ó al menos así resulta de los pasajes en que estas expresiones se em-

---

jam aliquem intellectum habent: nam infans, et qui infanti proximus est... nullum intellectum habent. *Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi.*» (Este texto conviene en parte con el de Gayo III, § 107, 109, y en parte es más claro y preciso, sin duda, segun un antiguo jurisconsulto.—L. 6, rem pupilli (XLVI-6). «Si (pupillus) fari potest, etiamsi ejus ætatis erit, ut non intelligat quid agat: tamen *propter utilitatem receptum est*, recte eum stipulari et agere.»—L. I, § 13, de O. et A. (XLIV, 7). «Huic (furioso) proximus est, qui ejus ætatis erit, ut non intelligat quid agatur. Sed quod ad hunc, *benignius aceptum est*: nam qui loqui potest, creditur est stipulari et promittere recte posse.»—*Favorabiliter* eis præstatur.» L. 9, de adqu. vel om. her. (XXIX, 2).

(*b*) L. 70, de V. O. (VLV, I).—Mulier... fecerat... promittere dotem... Infanti.,. placebat ex stipulates actionem non esse, quoniam qui fari non poterat stipula si non poterat.» L. 141, § 2, eod. «Pupillus—ex quo fari cæperi, recte stípulari potest.» Véase tambien L. 5, de R. J. (L., 17) y los textos citados en la nota *a*.

(*c*) La Ley 65, § 3, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1) distingue el *mutus* del *infans* ó *qui fari non potest*.

plean juntamente como sinónimas (*d*). Debemos, pues, decir que los únicos que pueden obrar son los que ya pueden hacer uso de la palabra. Pero esta definicion es evidentemente susceptible de una doble interpretacion; porque hablar, en la vida usual, significa los primeros sonidos articulados que pronuncia el niño á la edad de dos ó tres años, y, en una más alta acepcion, expresar por medio de la palabra una série de ideas, lo cual prueba ya un desenvolvimiento intelectual mayor. Este último sentido es el aceptado por los romanos, dándose con él una extension más lata que si hubiesen tomado el primero á la *infantia* (*e*). La condicion del *fari posse* tiene sus bases en la antigua costumbre romana de revestir los actos más importantes con las fórmulas solemnes de un diálogo (*f*). La intencion de los romanos no era menospreciar los actos jurídicos haciéndolos repetir á un niño, como pudo hacerse alguna vez con un imbécil respecto á palabras que ciertamente no habria comprendido: el niño debia siempre entender el significado de sus palabras, es decir, hablar con discernimiento, bien que ignorase el motivo y el fin del negocio como sus ventajas é inconvenientes.

Estas consideraciones nos conducen á la distincion natural de tres estados en la inteligencia; 1.° Comprension del fondo mismo del negocio. 2.° Ignorancia del negocio, pero comprension de su forma, es decir, de las palabras que de-

---

(*d*) L. 70, de V- O. (XLVI, I), véase nota *b*.—L. 65, § 3. ad Sc. Treb. (XXXVI. 1); L. 30, § 1, 2, 4, de fid. lib. (XL, 5); L. I, C. ad Sc. Tert. (VI, 56).

(*e*) El primer sentido de la palabra *infantia* (limitado á los primeros años de la vida), ha sido sostenido en una disertacion Unterholzner, Zeits. f. gesch. Rechtsw, vol. I, n. III, p. 44, 53. Esta opinion ha sido sábiamente refutada en los Heidelberger Jahrbücher, 1815, páginas 664, 683.

(*f*) Así, pues, *fari posse* designa á la vez el desenvolvimiento que se anuncia por el uso inteligente de la palabra y la capacidad para los asuntos orales. Siendo ambas cosas simultáneas, *fari posse* se aplicaba lo mismo á los actos jurídicos para los cuales no era indispensable el razonamiento, como los contratos consensuales.

bian pronunciarse (*g*), 3.º Falta de esta última inteligencia, bien que el niño fuese capaz de pronunciar maquinalmente las palabras. En elprimer caso (*impuberes* et *pubertati proximi*) la capacidad de obrar implícitamente se supone; en el segundo (*qui fari possunt*) dicha capacidad es admitida para facilitar las transacciones; y en el tercero (*infantia*) la capacidad no existe bajo ningun concepto.

Antes de ocuparnos de la parte histórica de esta materia, volveremos sobre la dificultad ya antes mencionada de que en la vida real la facultad de la palabra se desenvuelve siempre gradualmente y de modo muy desigual entre indivíduos diversos. Aqui la práctica exigia una regla fija é invariable para todos; además, los romanos conocian una antigua doctrina de la filosofía griega que atribuia una virtud secreta al número siete y una importançia excesiva á los períodos cli-

---

(*g*) La distincion en tres grados de desenvolvimiento intelectual, que desde luego sirve de base á los textos de los jurisconsultos romanos, habria sido ménos desconocida si los romanos hubiesen tenido para expresarla una fraseología precisa y constante. Verdad es que de ordinario rehusan á los que no están próximos á la pubertad, *proximi pubertati*, la inteligencia del acto jurídico, es decir, el conocimiento del asunto ó negocio (por ej. L. 5, de R. J. «qui fari possunt, quamvis *actum rei* non intelligerent;» tambien la L. I, § 13, de O. et A. (nota *a*), «nondum intelligat *quid agatur*,» y la L. 9 de adqu. vel om. her. «ut *causam adquirendæ hereditatis* non intelligat); mientras que les concedian el *intelligere* en general, es decir, la conciencia de sus actos (L. 14, de spons., trascrita más abajo en el texto n. IV). Otros textos, por el contrario, dicen en términos generales de esta clase de impúberos: *nullum* intellectum habent (§ 10, J. de inst. stip. III, 19, véase la nota *a*).—Por lo demás, el segundo grado de desenvolvimiento intelectual (el *actum* rei intelligere) es relativo y varía segun la capacidad de los individuos y tambien segun la naturaleza del negocio. Un infante, v. g.. se encontrará más pronto en estado de comprar un vestido que de firmar un contrato de sociedad. Estos principios pueden reasumirse así: despues de la infancia el impúbero tiene inteligencia pasiva bastante para comprender y apropiarse las intenciones y la voluntad del tutor que le autoriza. Si es *proximus pubertati*, se hace preciso reconocerle una inteligencia más activa y mayor capacidad para comprender y tratar los negocios.

matéricos de la vida humana. Esta doctrina respondia perfectamente á las necesidades de la práctica, y hé aquí por qué se estableció que la infancia terminaria á la edad de siete años cumplidos, del mismo modo que habria podido tomarse el número seis, v. g. (*h*). Una vez admitido este plazo, confírmase lo que he dicho antes, á saber: que los romanos consideraban el *fari posse* no en el sentido ordinario, sino en otro más levantado, porque quizá no se haya conocido nunca un niño que no comenzase á hablar antes de los ocho años.

Para justificar estas proposiciones se trata de probar que la *infantia* abrazaba precisamente los siete primeros años de la vida; y esta prueba resulta unánime del testimonio de los jurisconsultos y autores ajenos á la jurisprudencia.

1.° L. I, § 2, ad min. (XXVI, 7). Ulpiano expresa en los siguientes términos el principio de que el tutor puede defender en justicia las demandas formuladas contra su pupilo: licentia igitur erit, utrum malínt ipsi suscipere judicium, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus judicium suscipiatur: ita tamen, ut pro his qui fari non possunt, vel absint, ipsi tutores judicium suscipiant: *pro his autem qui supra septimum annum ætatis sunt*, et præsto fuerint, auctoritatem præstent.»

Lo cual quiere decir que el tutor tiene derecho ú opcion á elegir entre sostener por sí mismo el proceso, ó dejar la defensa al pupilo, dándole su *auctoritas*. Sin duda que, si el pupilo no sabe hablar ó se halla ausente, es de todo punto necesario que el tutor mantenga el proceso: la alternativa de la cual habla Ulpiano, no es posible sino cuando el pupilo tiene siete años cumplidos y está presente. Aquí, pues, el *fari posse* es el equivalente de tener siete años cumplidos; y segun las últimas palabras del texto, *auctoritatem præstent*,

---

(*h*) Es necesario no creer, sin embargo, que el conjunto de los principios de la filosofía griega hubiese pasado sobre la materia de la *infantia* al derecho romano. Hablo solo de la fijacion de un número cierto de años, y precisamente del número siete. Los testimonios relativos á la antigua doctrina filosófica han sido coleccionados de un modo muy completo en el artículo crítico ya citado (nota *e*) p. 669 y siguientes.

es preciso sobreentender *si velint*, que no seria más que la repeticion de las palabras del principio, *licentia erit* (*i*).

2.° L. 8, C. Th. de maternis bonis (VIII, 18). Cuando una *hereditas* ó una *bonorum possessio* es diferida á un hijo bajo la patria potestad, durante la infancia debe el padre tomar á su cuidado la sucesion; despues, es decir, cumplidos los siete años, el hijo mismo, sin consideracion á la edad más ó ménos precoz en que hubiese comenzado á hablar: «..... infantis filii ætatem nostra auctoritate præscribimus, ut sive maturius, sive tardius, fillius fandi sumat auspicia, intra septem annos ætatis ejus, pater... imploret... hac vero ætate finita, fillius edicti beneficium petat, etc.»

Si no tuviésemos más que el texto precedente, se podria creer á Arcadius autor de la regla de los siete años; pero las referencias de los restantes prueban que esta redaccion pertenece al estilo legislativo de los emperadores de la época. Es necesario no dar demasiada importancia á las palabras *sive maturius, sive tardius,* pues parecerian indicar que

---

(*i*) Unterholzner (nota *e*) vé en este texto la distincion de tres edades diferentes: 1.°, la en que los impúberos no hablan nada; 2.°, desde esta edad hasta la de los siete años; y 3.°, pasando de los siete. Durante el primer período, el tutor debe obrar solo; durante el segundo, solo ó con el concurso del menor; y en el tercero, el concurso es indispensable. Mas esta interpretacion atribuye á Ulpiano una impropiedad grande de lenguaje, como lo hace notar en la página 678 la crítica ya citada: no obstante, hay para combatirla argumentos decisivos. Entre las proposiciones de Unterholzner la más importante es la tercera, que prohibe al tutor obrar solo por su pupilo de edad de siete años: además, esta proposicion, evidentemente, es falsa. En cuanto á las acciones que hayan de sostenerse (el § 2 no habla sino de la prohibicion de una accion), el § 4 da al tutor el derecho de obrar solo sin restriccion de ninguna clase. El curador de un menor (L. I, cit., § 3, 4), tiene tambien la misma facultad de obrar, sea como actor, sea como demandado. Ahora bien, ¿puede creerse nunca que el curador haya tenido derechos más ámplios que el tutor sobre un impúbero de edad de siete años? Si, segun estos motivos, admite que las palabras del final del texto *auctoritatem præstent*, como las del principio, *licentia erit*, dejaban á eleccion del tutor obrar solo ó con su pupilo, Ulpiano no distingue tres edades, sino dos.

ciertos jurisconsultos eran de opinion de regular cada caso en vista de un exámen especial y que el emperador quiso terminar la controversia. Bien es verdad tambien, que si una controversia semejante no es imposible, quizá dichas palabras sean una pleonasmo ocioso ó ya la solucion anticipada de una duda hipotética.

3.° L. 18 pr., y § 4, C. de jur. delib. (VI, 30). «*Si infanti, id est minori septem annis*,... hereditas sic derelicta...» Y más adelante, § 4. «Si autem septem annos pupillus excesserit, etcétera.»

4.° L. 14 de sponsal. (XXIII, 1). «In sponsalibus contrahendis ætas contrahentium definita non est... si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est si non sint minores quam septem annis.»

Aquí no se dice ciertamente que los *minores septen annis* sean los llamados de otra parte *infantes*; pero tal era sin duda el pensamiento del jurisconsulto, siendo la causa de esta ley sencillamente que otras veces los esponsales se celebraban bajo la forma de una estipulacion (*k*).

5.° Quinctilianus, I, 1: «Aut cur hoc *usque ad septem annos* lucrum fastidiamus?... quantum *in infantia* præsumptum est temporis, adolescentiæ adquiritur.»

Aquí Quintiliano asemeja desde luego la *infantia* á la edad anterior á los siete años.

6.° Macrobius, in somn. Scip., I, 6: «eodemque anno, id est *septimo, plene* absolvitur *integritas loquendi.*»

7.° Isidori, origenes, XI, 2. «Prima ætas *infantia* est. . quæ porrigitur *in septem annis.*»

He empleado hasta aquí dos expresiones cuyo sentido es tanto más importante cuanto que han sido para los jurisconsultos modernos asunto de numerosas controversias, y son las frases: *pubertati* é *infantia proximus*, (*l*). Entienden

---

(*k*) L. 2, de sponsal. (VVIII, 1).—«Sponsalia autem, dicta sunt á spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari, et spondere sibi uxores futuras.»

(*l*) Las opiniones de los autores antiguos sobre el sentido de estas expresiones se hallan referidas en I. Gothofredi, Comm. in tit. de reg.

muchos por tal el intervalo que separa la infancia de la pubertad dividido en dos partes iguales, lo cual, y segun los sexos, daria como línea de separacion diez años y medio y nueve años y medio (*m*). Otros toman dichas denominaciones en un sentido puramente subjetivo, de suerte que un infante precoz podria ser desde la edad de ocho años *pubertati proximus*, y otro muy atrasado *infantiæ proximus* á la edad de catorce años. Pero si se atiende solo al sentido literal de la palabra, es preciso rechazar ambas interpretaciones y entender por *proximus* el que está muy cercano ya á una época ya á otra: así habria entre ambos límites un espacio que no tendria nombre. La significacion práctica de estas palabras es, sin duda, que se debe suponer á los próximos á la pubertad una inteligencia de los negocios que no existe todavía cuando se sale de la infancia. El establecimiento del tiempo intermedio se abandona á la prudencia del juez, quien seguramente deberá tomar en consideracion el desarrollo intelectual del indivíduo en tanto que sea ó no muy precoz (*n*). Hay, pues, un lado verdadero en la segunda

juris, L. III, tit. cit.—Entre los que han tratado especialmente el asunto, citaré á Gensler, Archiv. für civilist. Praxis, t. IV, n. 18; y Dirksen, Rhein. Museum, vol. I (Jurisprudenz) p. 316-326.

(*m*) Esta opinion se encuentra ya en Accurzius, in L. *pupillum* (III), de R. J.

(*n*) Dicha significacion práctica de *proximus infantiæ* y *pubertati* resulta evidente de los textos en que la edad se muestra como medio de reconocer, es decir, de presumir el desenvolvimiento de la inteligencia. § 10, J. de inut. stip. (III, 19: «infans et qui infanti proximus est... nullum intelectum habent (nota *a*).»—§ 18 (al 20) J. de oblig. ex del. (IV, 1): «si proximus pubertati sit *et ob id intelligat* se delinquere.»—L. 4, § 26 de doli exc. (XLI, 4): doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse.»—Dirksen adopta este punto de vista; pero Gensler sigue otro rumbo y piensa que la division del tiempo (segun Acursio), se justifica no por la letra y sí por el espíritu del derecho romano, al cual le da el siguiente sentido: Para el *infantiæ proximus*, el dolo es imposible, la culpa no, pero debe ser probada: el *pubertati proximus* es capaz lo mismo del dolo que de la culpa, pero esta se presume y aquél debe ser probado. En cuanto á las presunciones se puede siempre oponer la prueba contraria... Con dificultad podria imaginarse un sistema más opuesto á las ideas romanas

interpretacion, solo que violenta las palabras sin necesidad alguna. Relativamente á los actos jurídicos por consecuencia de la *benigna interpretatio*, mencionada (nota *a*), la distincion ha perdido toda su importancia práctica y solo produce efecto en la materia de delitos como veremos en el párrafo siguiente.

Para la aplicacion exacta de las presunciones que preceden, debemos preguntar cuáles son los límites del *proximus*. Hasta aquí no hay regla, y, para establecer una que no fuere arbitraria y sí basada en un principio general, se hace necesario decir que es *proximus* de uno como de otro término cuando no llega al año la diferencia. Así *proximus* designaria el intervalo de siete á ocho años y de trece á catorce ó de once á doce años para las mujeres (*o*). Si los jurisconsultos romanos olvidaron hacer semejante designacion de un modo preciso, dependia tan solo de la escasa importancia concedida al caso.

§ CVIII.—*II. Actos libres.—Impedimentos: A. La edad.*

Infantes et qui fari possunt. (Continuacion).

Demostrado en el párrafo anterior los efectos del término de la infancia, se hace necesario aplicar sus reglas á las diversas relaciones jurídicas, y al mismo tiempo señalar numerosas excepciones por demás muy notables.

Hé aquí el principio fundamental: el infante es incapaz de todo acto jurídico. El impúbero, una vez salido de la infancia, puede obrar con el consentimiento de su tutor, y sin él en todos los casos en los que no hay perjuicio ni riesgo alguno posible. Esta segunda parte del principio se expresa así: «Meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris actoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore (*a*).»

(*o*) Esta opinion ha sido mantenida antiguamente, Cmp. J. Cothofredus, l. c.

(*a*) Pr. J. de auctor. (I,21); L. 28 pr. de pactis (II,14). La segunda parte de esta regla no se encuentra en el texto de las Pandectas; se halla en las instituciones y falta, por último, en muchos manuscritos.

I. En materia de *obligaciones* el principio aparece en toda su fuerza y vigor: el impúbero, una vez fuera de la infancia, puede, sin su tutor, estipular válidamente; pero no prometer (*b*).

Tal es el principio que regula los contratos unitarios; pero tratándose de uno bilateral en que la pérdida y la ganancia están confundidas, como sucede en la venta ó en el arrendamiento, el contrato obliga á la otra parte, pero no al impúbero, de suerte que puede el tutor á su voluntad ratificarle ó anularle (*c*).

Dichas reglas sufren naturalmente excepcion para el impúbero sometido á la patria potestad, porque no puede contraer ninguna clase de deuda (*d*).

En efecto, para el *proximus pubertati paterfamilias* la facultad de contraer deudas no alcanza como para el impúbero más jóven sobre la *benigna interpretatio* (§ 107, *a*), sino sobre la institucion artificial de la *auctoritas*, institucion únicamente establecida para las necesidades del impúbero que tuviera bienes propios (§ 107). Respecto al *filiusfamilias*, como no podia poseer, la necesidad no existía, y hubiera sido inútil dar al padre un poder semejante ó la *tutoris auctoritas*,

---

La L. 10, de jur. et facti ignorantia (XXII, 6) contiene una aplicacion especial de dicha segunda parte de la regla: «Impuberes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur.» Este texto, tal como se inserta en el Digesto, parece indicar que el impúbero es incapaz de obrar conscientemente, lo que quitaria á sus faltas toda responsabilidad. Pero Papiniano tenia presente la pérdida ocasionada por el que dejaba pasar el plazo de la *bonorum possessio*; y, en efecto, este trato, segun su inscripcion, se refiere á la L. 2, de successorio ed. (XXXVIII, 9) en la cual no se trata de un impúbero, sino de un menor que ha aceptado la *bonorum possessio* y pide se le restituya desde luego.

(*b*) Pr. J. de auctor. (I, 21); § 9, J. de inst. stip. (III. 19): (Gaius, III, § 107): L. 9, pr. de auctor. (XXVI, 8): L. 8, pr. de adqu. her. (XXIX, 2): L. 41, de cond. ind. (XII, 6); L. I, C. de inut. tip. (VIII, 39).

(*c*) Pr. J. de auctor. (I, 21); L. 5, § I, de auctor. (XXVI, 8); L. 13, § 29, act. emti (XIX, I).

(*d*) § 10, J., de inut. stip. (III, 19; L. 141, § 2, de V. O. (XLV, I).— Este principio se refiere solo al antiguo derecho y no á los peculios establecidos en el nuevo derecho romano. En general, el impúbero no pue-

cuyo solo efecto habria sido permitir al hijo contraer deudas.

II. Las *obligaciones procedentes de un delito* se sometian á otras reglas. El delito no es como el contrato una exigencia de las transacciones sociales, sino causa tan solo de su infraccion; por esto no se le aplica la *benigna interpretatio* ni al *auctoritas*, cuyo único objeto es facilitar los actos lícitos. Si se fuese á seguir extrictamente esta doctrina, habria habido una gran injusticia cometida en la persona lesionada por el delito del impúbero, pues que no habria tenido recurso alguno que hacer valer. Para evitar este perjuicio se ha establecido la regla siguiente: si el impúbero comete un delito sin discernimiento no incurre en responsabilidad; pero si obra con él se hace responsable de sus actos, por lo cual las obligaciones de esta especie son, en cierto sentido, más difíciles y en otro más fáciles de contraer que las obligaciones contractuales. Se presume capaz de discernimiento al impúbero cuando es *proximus pubertati*, y hé aquí el solo caso en que esta distincion tenia todavía una influencia práctica (*e*); pero la presuncion no excluia la apreciacion de las circunstancias particulares.

Así, pues, deberemos tomar en consideracion el desenvolvimiento intelectual del impúbero, y además, la naturaleza misma del delito; por ejemplo, un niño de doce años comprenderá fácilmente que comete una mala accion robando dinero; pero puede no comprender muy bien que se le hace servir de instrumento para cometer otros un fraude hábilmente preparado (*f*).

---

de tener todavía peculio *castrense*: en cuanto al llamado *adventitiam*, en la época en que fué admitido, el uso y la necesidad de la *auctoritas* se habian hecho tan raros que se juzgó inútil establecer para este caso disposiciones especiales. Por lo que toca al peculio llamado *extraordinarium*, el hijo impúbero no recibia tutor, sino un curador, quien por la naturaleza de su cargo era incapaz de la *auctoritas*. L. 8, § I, C. de bon. quæ lib. (VI, 61).

(*e*) Entre los textos que hablan de las condiciones de la imputabilidad, los unos dicen *proximus pubertati*, los otros *doli* ó *culpæ capax*, probando el modo como se emplean dichas frases, que son sinónimas. Esto se nota principalmente en los textos en los cuales ambas condiciones están unidas por un vínculo de casualidad. Cmp. § 107 *n*.

(*f*) L. 13, § I; L. 14, de dolo (IV, 3). El primer texto dice que la *actio doli* puede tambien ser intentada contra el *proximus pubertati*. El se-

No se ha de establecer, sin embargo, una distincion absoluta entre los delitos en que hay falta ó culpa y aquellos en que se comete un robo, y considerar al impúbero como más capaz de discernimiento para unos casos que para otros (*g*): las consecuencias rigurosas de este principio se aplican á muchos delitos (*h*). Los mismos principios se extienden tambien á las obligaciones que primitivamente no nacen de delito y sí de un contrato, etc., cuando dan lugar á una accion de dolo (*i*). Los mismos principios regulan además la persecucion de los delitos públicos; bien que, sobre todo para apreciar la culpabilidad se deberá tener en cuenta la naturaleza del delito segun sea más ó ménos sencillo y evidente (*k*).

III. En cuanto á la *extincion de las obligaciones*, la aplicacion del principio es muy sencilla. El impúbero puede sus-

---

gundo texto desenvuelve el pensamiento en los términos siguientes: «Quid enim si impretraverit a procuratore petitoris ut absolveretur... vel alia similia admisit, *quæ non magnam machinationem exigunt?*» Idéntica idea se reproduce más claramente todavía con motivo de la imputacion de diversos delitos públicos, de los cuales hablaremos pronto (nota *k*).

(*g*) Gensler (§ 107, *n*) estableció esta distincion, sin duda, porque el *proximus pubertati* se nombra con ocasion de muchos delitos acompañados de dolo, y no con motivo de los delitos, á los cuales se vé unida la culpa, más raros que aquellos; por ejemplo, L. 5, § 2, ad L. aquil. (IX, 2); L. 23, de furtis (XLVII, 2). Pero los textos en que se habla únicamente del *doli capax* son tan numerosos como los en que se trata solo del *culpæ capax*, y áun la L. 23 citada se expresa absolutamente en los mismos términos para ambos.—En realidad, un robo será mucho más imputable á un niño que una imprudencia que por su naturaleza entrañara respecto á un hombre la *actio legis Aquiliæ*.

(*h*) Así para el *furtum damnum injuria datum* y la *injuria*, § 18 (al 20), J. de oblig. ex del. (IV, I); L. 23, de furtis (XLVII, 2); L. 5, § 2, ad. L. aquil. (IX, 2); L.]III pr., de R. J. (L. 17); L. 3, § I, de injur. (XLVII, 10);—para el *si bonorum raptorum*, L. 2, § 19, si bon. rapt. (XLVII, 8)—para el *sepulcrum violatum*, L. 3, § I, de sep. viol. (XLVII, el *dolus*, L. 13, § I, L. 14, de dolo (IV, 3); L. 4, § 26, de doli except. 12); para (XLIV, 4).

(*i*) L. I, § 15, de pos. (XVI, 3); L. 46, de O. et A. (XLIV, 7); L. 3, § 2, de tribut. (XIV, 4).

(*k*) Así el *falsum* es difícilmente imputable á un impúbero (L. 22, pr. ad L. Corn. de falsis XLVIII, 10). El que conoce, sin denunciarla, una fábrica de moneda falsa es castigado; pero no el impúbero, porque

cribir un acta de liberacion solo, si es deudor; con la autorizacion del tutor si es acreedor (*l*): como el pago lleva consigo la liberacion, el impúbero podia hacerlo solo, pero la autorizacion del tutor es necesaria porque habia enajenacion de una suma de dinero. La recepcion de su pago ofrece una combinacion idéntica: de un lado hay adquisicion de la suma, de otro pérdida del crédito (*m*).

IV. Un *proceso*, bien actuando, bien defendiéndose de un ataque cualquiera, es siempre un asunto peligroso á causa de la iucertidumbre del resultado, y por esto tampoco podia el impúbero personarse en él sin la autorizacion de su tutor (*n*).

V. El impúbero solo tiene capacidad para hacer una *adquisicion*, porque por ella no puede enriquecerse; pero no *enajenar* nada sin su tutor, pues por este acto podria disminuir su patrimonio (*o*). El concurso del tutor era principalmente indispensable para la manumision de los esclavos (*p*).

VI. El impúbero puede *contraer esponsales* por s solo (*q*): veamos cómo se explica este caso. Si estuviese so-

---

no comprende el crímen (L. I, C. de falsa mon., IX, 24). Se puede tambien consultar con fruto la decision inteligente de un caso L. 14, de Sc. Silan. (XXIV, 5).—Ya la ley de las XII tablas disponia que, para el *furtum manifestum* y el daño causado á las mieses, el impúbero fuera azotado, *prætoris arbitratu*. Este poder discrecional se referia menos á la fijacion de la pena que á la imputabilidad en general. Cmp. Dirksen, Zwölf Tafelu, p. 45, 577, y Rhein. Museum, vol. I, p. 325.

(*l*) L. 28. pr. de pactis (II, 14).

(*m*) § 2, J. quib. alienare (II, 8); L. 9. 4, 2, de auctor. (XXVI, 8); Ley 14. § 8, L. 45, de solut. (XLVI. 3).

(*n*) L. I, § 2, 5. de admin. (XXVI, 7); Cmp. § 107, núm. I.

(*o*) § 2, J. quib. alienare (II. 8); L. 9, pr. § 2, de auctor. (XXVI, 8); L. II, de adquir. rer. dom. (XLI, I). La primera parte de esta regla encuentra rara vez su aplicacion pura y simplemente; porque si la adquisicion resulta de un acto solemne, v. g., la emancipacion, no pudiendo el impúbero obrar sin su tutor, la pérdida ó la ganancia no tienen influencia. Si la adquisicion resulta de la posesion, de la tradicion, por ejemplo, entonces, y salvo algunas modificaciones, se aplican las reglas correspondientes á este medio de adquirir. Véase el núm. VIII.

(*p*) L. 24, de manum. vind. (XL, 2); L. 30, § 1, 2, 3, 4. de fid. lib. (XL. 5); L. 9, § I, de auctor. (XXVI, 8).

(*q*) C. 14, de sponsal. (XXIII, I); Cmp. § 107, núm. 4.

metido al poder paterno, deberia, abstraccion hecha de su edad, obtener indispensablemente el consentimiento del padre; si fuese *sui juris* la autorizacion del tutor no podria serle útil aquí bajo ningun concepto, porque esta se refiere á los bienes que no se rozan en nada con la cuestion de esponsales. Se podría creer, pues, segun la analogia de las obligaciones que los esponsales están de todo punto prohibidos al impúbero; sí, sin embargo, puede contraerlos, y áun sin la asistencia del tutor, procede esto de la escasa importancia de una obligacion que la voluntad de una sola de las partes era siempre libre de romper: habia, no obstante, el peligro de que el impúbero contrayese nuevos esponsales sin romper las anteriores y no incurriese por esto en la infamia (§ 77, IV).

En todos los casos precedentes, exceptuados los delitos, hemos visto la aplicacion pura del principio; debemos considerar ahora cómo la capacidad del impúbero recibe cierta extension á consecuencia de dificultades especiales.

VII. *Adicion de la herencia.*—Este acto implica siempre la aceptacion de obligaciones, y por ello el impúbero no puede nunca hacerlo solo; pero á contar desde la edad de ocho años le es permitido, con la autorizacion del tutor, aceptar una sucesion, aun cuando su poca edad ó su falta de desarrollo intelectual no le basten para apreciar la importancia del acto (*r*). Hasta aquí no hemos hecho sino una simple aplicacion del principio. Mas estamos todavía muy lejos de haber respondido á las necesidades numerosas de la práctica: la adicion de la herencia se distingue de otras maneras de adquirir, como un acto esencialmente personal. Así el esclavo no podia nunca adquirir para su señor una herencia deferida á éste, bien que aprovechara las mancipaciones y estipulaciones de aquél: no pudiéndose tampoco por esto mismo hacer nunca adicion de la herencia por la mediacion de per-

---

(*r*) § I, J de auctor. I, 21); L. 9. § 8, pr., de adq. her. (XXIX, 2); L. 9, § 3, 4, de auctor. (XXVI, 8); L. I, C. sd Sc. Tert. (VI, b6): «Licet liberi... ita demum *per se* heredes existant, si fari possint.» Aquí *per se* no quiere decir *solos*, porque los impúberos de más edad no podrian aventajarles, pero expresa la idea de su concurso. Estas palabras han sido probablemente añadidas para poner en armonía los pasajes con las facilidades concedidas por consecuencia, y de las cuales se hace mencion en el resto del título.

sonas libres, aun cuando estuviese permitido para otros muchos modos de adquirir. Si, pues, el heredero instituido no habia salido de la infancia, ni el tutor obrando personalmente, ni un esclavo hubiesen podido venir en su ayuda, esta especie de aquisicion, la más importante de todas, se hubiese encontrado prohibida para los infantes solo por dar una desmedida importancia á las formas. La misma dificultad existia para los infantes todavía sometidos á la potestad patria; si bien este caso debia presentarse pocas veces en el derecho romano, no obstante que se hiciera más frecuente despues del *Sc. Orphitianum* y de las nuevas leyes de los emperadores (*s*). Ahora bien: ¿cómo obrar en parecidas circunstancias?

Paulo indica un expediente que procura explicar por las consideraciones siguientes. La adicion de la herencia podia en general hacerse por medio de una fórmula oral (*cernendo* ó *nuda voluntate*), ó por actos de heredero (*gerendo*) (*t*). La fórmula oral es imposible para el *qui fari non potest*; pero el tutor podia dejar al infante verificar actos de heredero y darles despues su aprobacion (*u*). Aquí, Paulo se hallaba obligado á admitir excepcionalmente la *auctoritas* durante el tiempo de la *infantia*; y para esto se fundaba en el sentido

---

(*s*) Un *filiusfamilias* no podia heredar nunca como agnado, porque su padre estaba siempre en un grado más próximo de parentesco con el difunto. Es verdad que podia heredar en virtud de un testamento; pero era raro que un extraño instituyera como heredero á un infante bajo la patria potestad, siendo así que hubiera sido más fácil instituir directamente al padre.

(*t*) Gayo II, § 167.

(*u*) L. 65, § 3, ad Sc. Treb. (XXXVI, I). «Sive enim heres institutus esset, non dubie *pro herede, tutore auctore, gerere posse videtur*.» Trátese aquí de recoger una sucesion fideicomisaria, y el jurisconsulto, examinando el caso en donde se obligaba al heredero á hacer la adicion, resuelve esta dificultad por analogía con la *hereditas*.—La *bonorum possessio*, como institucion pretoriana, era tratada con mucha más libertad y se procedia con mayor sencillez: el padre reclamaba la *bonorum possessio*. L. 7, § I; L. 8; L. II, de B. P. (XXXVII, I); L. 3, C. qui admiti (VI, 9).—Sobre la sucesion fideicomisaria, sea para recogerla, sea para restituirla para un impúbero, independientemente de la ley ya citada. L. 65, § 3, ad Sc. Treb., véase la L. 37, § I, y L. 7, pr. C. (VI, 49) cod.

literal] de *infans*, fingiendo olvidar que si la *auctoritas* era siempre rehusada al *infans*, esto no era solo á causa de la imposibilidad en que se encontraba de hablar, sino tambien de la falta completa del *intellectus* (*v*).

Posteriormente se destruyó la dificultad de un modo má perentorio y ménos sutil. Las leyes de los emperadores deci dieron que si una sucesion era deferida á un infante, le seria adquirida por el tutor ó por el padre si estaba bajo su potestad, sin ningun acto personal de su parte (*w*). Habia aún respecto á otro punto que desprenderse de las antiguas fórmulas. En lugar de admitir con Paulo la *auctoritas* durante el período de la infancia, se quebrantó la regla de que el heredero instituido debia hacer adicion en persona: desde entonces el antiguo expediente se hizo inútil, y, si de él se ocupa el Digesto es como enseñanza histórica.

VIII. *Acquisicion de la posesion.* Si no consultáramos más que las analogías, deberíamos obtener los siguientes resultados: el impúbero podria adquirir la posesion por sí solo como puro beneficio; pero le habria hecho falta para renunciar la autorizacion del tutor, porque si la posesion no es un derecho por sí sola, se unen á ella grandes beneficios jurídicos. Esta última proposicion ha sido adoptada por completo por el derecho romano (*x*).

(*v*) Si el expediente imaginado por Paulo hubiese expresado un principio fundamental, se habria debido admitir la *auctoritas* para los contratos consensuales del *infans*, pero no se ha intentado nunca, porque no habia allí ninguna necesidad práctica.

(*w*) L. 8, C. Th. de bonis mat. (VIII, 18); L. 18, pr., § 2, 4, C. de J. delib. (VI, 30).—Esta innovacion no tenia un gran interés para la práctica, porque en todos los casos de una *hereditas* semejante, la adquisicion de los bienes era siempre posible por medio de la *bonorum possessio* (nota *u*).

(*x*) L. 11, de adqu. rer. dom. (XLI, 1). «Pupillus, quantum ad adquirendum, non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest, nisi præsente tutore auctore, *et ne quidem possessionem quæ est naturalis.*» Es evidente que el impúbero puede *perder* la posesion solo, es decir, *corpore*. L. 29 de adqu. poss. (XLI, 2). Pero esto no es *enagenar*, ó lo que es lo mismo, perder voluntariamente, hacer un acto que, independientemente de la posesion, presenta el carácter de la sucesion. Cmp. Savigny, Recht des Besitzes, 6.ª ed., p. 418, 419.

No acontece lo mismo con la primera. Aquí, la adquisicion de la posesion encontraba más dificultades que la de las relaciones jurídicas segun las fórmulas del antiguo derecho. Seguramente no se contesta que la posesion se adquiere con la autorizacion del tutor *(y)*; pero si el pupilo obra solo, no se adquiere la posesion sino cuando ha tenido por sí mismo conocimiento del negocio (*rei intellectum*); faltando esta condicion no la adquiere, y la *benigna interpretatio* introducida para facilitar la adquisicion de los derechos propiamente dichos (§ 107, *a*), no le es aquí de ningun valor (*z*), porque la posesion es por su esencia una relacion de hecho, y su condicion indispensable, el *animus posidendi*, faltaria por completo. El caso de la *auctoritas* no suscita esta dificultad, pues, el pupilo y el tutor no forman entonces sino una sola persona, y la inteligencia que el segundo tiene del negocio se estima como si perteneciera al primero.—Si, pues,

---

(y) L. I, § 3, II, de adqu. poss. (XLI, 2); L. 4, § 2, de usurp. (XLI, 3).

(z) L. I, § 3, de adqu. poss. (XLI, 2). «... Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: *eam enim rem facti, non juris esse:* quæ sententia recipi potest, *si ejus ætatis sint, ut intellectum capiant.*» Se trata aquí del «*rei* intellectum», inteligencia del negocio. Resulta esto de la relacion de los textos citados (§ 107, *g)* cuyos términos son más precisos, y de la L. 26, C. de don. (VIII, 54): «aut habeat *rei, quœ sibi donatur, adfectum.*» Idéntica idea se halla en la L. 4, § 2, de usurp. (XLI, 3), «Pupillus... si non tutore auctore possideat, *et animun possidendi habeat,* dicemus posse cum usucapere,» es decir, si segun su desarrollo intelectual, es capaz de tener en el asunto de que se trata un verdadero *animus possidendi.*—Aquí como en otras partes (§ 107 *n. g*), para apreciar el *intellectus*, es necesario tener en cuenta la naturaleza del negocio; pues, el mismo impúbero que se reputa incapaz de adquirir la posesion de un inmueble, podria muy bien adquirir la de un vestido ó una moneda. Los textos qne se acaban de citar, sirven para explicarnos otros no tan precisos. L. I, § II, de adqu. poss. (XLI, 2). «... pupillus, *maxime tutore auctore*, adquirit possessionem.» (*Maxime*, es decir, absolutamente, siempre sin su tutor). L. 32, § 2, cod. «Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest,» (es decir, si su inteligencia es suficiente y se encuentra desarrollada). Así se explica tambien la L. 9, pr. de auctor. (XXVI, 8).

bajo este concepto la adquisicion de la posesion era para el impúbero más difícil que la de los derechos propiamente dichos, bajo otro se hacia más fácil. La *auctoritas* interpuesta durante la infancia, es permitida para este caso particulár por excepciones á la regla y en interés de las transacciones (*utilitatis causa*) (*aa*). He aquí como se explica esta derogacion de la regla. No siéndole dado á nadie otras veces adquirir por la mediacion de personas libres, el pupilo no podia por privilegio quebrantar el principio valiéndose del tutor como intermediario. Y la posesion principalmente, institucion más de hecho que de derecho en su establecimiento, exige imperiosamente la voluntad del que la adquiere, y esta voluntad no existiria si el tutor obrase solo. Así vemos que en el antiguo derecho, el tutor no podia adquirir la posesion para su pupilo más que la propiedad ó las obligaciones. Si se trataba de un derecho propiamente dicho, se tomaba un esclavo como intermediario, porque cada uno de los esclavos del pupilo, por la mancipacion ó la estipulacion hacia á su dueño propietario ó acreedor. Este medio puramente jurídico era inaplicable á la posesion, que exigia el hecho de la voluntad unido al dominio material (*corpore et animo*): tambien podia el esclavo, espontáneamente, adquirir la propiedad para el menor en virtud de la mancipacion; pero para la posesion era preciso que el pupilo se lo hubiese ordena-

---

(*aa*) L. 32, § 2, de adqu. poss. (XLI, 2). Infans possidere recte potest, si tutore auctore cœpit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris: *utilitatem enim causa hoc receptum est*» rel. Véase Savigny, Recht des Besitzes, 6.ª ed. p. 235.—Por *utilitas* no quiere decirse que haya querido favorecer las especulaciones personales de los infantes: el fin era dar la perfecciou jurídica á las adquisiciones resultado de los actos sea del tutor sea del padre del pupilo; pudiéndose juzgar de la utilidad de este fin por un ejemplo muy sencillo y de aplicacion frecuente. Si un ciudadano muere dejando un hijo menor de siete años, como *suus heres*, este adquiria inmediatamento *ipso jure*, todos los bienes del padre; pero su posesion y por consecuencia la proteccion de los interdictos, no la adquiria sino en virtud de este medio anómalo, la *tutoris auctoritas*. (Cmp. Savigny Recht des Besitzes, § 28.

do (*bb*). Además, estando prohibida la *auctoritas* mientras duraba la infancia, la posesion no habria sido nunca posible para el infante. Era necesario remediar un inconveniente tan marcado, y tal es la necesidad, la *utilitas*, que determinó á los romanos á admitir como excepcion especial la *auctoritas* en materia de posesion, como complementaria de los actos del infante. Esta modificacion no encontraba de otra parte ninguna dificultad en la forma, porque para la adquisicion de la posesion y la *pro herede gestio*, no habia fórmula oral que hubiese exigido indispensablemente la condicion del *fari posse* (notas *u*, *v*).

En su consecuencia se hubo de recurrir á un medio más sencillo y eficaz. Se permitió al tutor adquirir por sus propios actos la posesion para su pupilo (*cc*), cerrando así los ojos ante la falta del *animus possidendi* en la persona del poseedor. Desde este momento el modo anormal de adquirir, *tutore auctore*, perdió toda su importancia, no conservando sino un interés histórico. Sin esto hubiese tenido más lugar en la legislacion justinianea que en el antiguo derecho, porque la tradicion, que tiene necesariamente su base en la adquisicion de la posesion, se convirtió solo en un medio de enajenar la propiedad.

He dicho al principio de este párrafo que el impúbero es incapaz para verificar por sí solo actos que pueden causarle un perjuicio. Dicha regla hiere de nulidad todo hecho que lle-

---

(*bb*) Cualquiera adquiria la propiedad por la mediacion de su esclavo, aún sin saberlo y aún contra su voluntad. La posesion por el contrario, no se adquiria por un esclavo sino cuando el señor tenia el *animus possidendi* ó bien lo que está fuera de nuestro propósito, *peculiariter*, es decir, si la adquisicion no es sino la extension de un peculio ya autorizado. L. I, § 5, de adqu. poss. (XLI, 2). Por consecuencia el impúbero no podia adquirir la posesion por su esclavo, sino en estos dos casos: 1.° Si habia dado una órden para este objeto, *tutore auctore* (L. I, § 2, eod.); 2.° *peculiariter* y esto se aplicaba por sí mismo durante la *infantia* del impúbero (L. 32, § 2, in f. eod.)

(*cc*) L. I, § 20, de adqu. poss. (XLI, 2); L. 13, § 1, de adqu. rer dom. (XLI, 1); L. II, § 6, de pign. act. (XIII. 7). Cmp. Savigny, Recht des Besitzes, 6.ª ed., p. 367.

ve este carácter cometido sin la autorizacion del tutor, como el empréstito, la venta, el abandono de un crédito, etc.; sin embargo, es siempre susceptible de una restriccion. En efecto, tiene por objeto garantizar al impúbero contra un perjuicio, pero no enriquecerlo: si, pues, el impúbero por consecuencia de sus actos obtiene un beneficio, este debe restituirse ó entrar en cuenta. La regla se aplica lo mismo á los actos jurídicos que á los delitos; así, cuando un impúbero recibe un pago, v. g., el deudor no queda libre (núm. III); pero si una parte de la suma se encuentra en manos del impúbero, se estima como deduccion de la deuda (*dd*). Del mismo modo, cuando un impúbero comete un delito en una edad en la cual es incapaz todavía de dolo, todo lo que se halla entre sus bienes á consecuencia de este delito está sometido á una restitucion (*ee*).

§ CIX.—II. *Actos libres.—Impedimentos.*—A. *La edad.* Impúberos y púberos.

Con la pubertad ó edad nubil comienza, segun el antiguo derecho, el ejercicio más completo de la facultad de obrar (§ 106): esta capacidad se manifiesta bajo tres aspectos importantes. Dispone desde luego el púbero de sus bienes para el presente, lo cual implica la terminacion de la tutela; además dispone de ellos para despues de su muerte, porque en adelante puede hacer testamento; y finalmente, es hábil para contraer matrimonio. El derecho justinianeo unió indefectiblemente estos tres derechos á la pubertad, determinando que dicha edad comienza para todos cuando cumplen los 14 ó 12 años respectivamente, sin consideracion particular ni circunstancia individual de clase alguna (*a*). Anteriormente la uniformiddd de la regla estaba negada por muchos y prin-

---

(*dd*) L. 5. pr. de auctor. (XXVI, 8); L. 4, § 4, de doli essc. (XLIV, 4); L. 15) L. 47, pr., § I; L. 66, de solut. (XLVI, 3).

(*ee*) L, I, § 15, depositi (XVI, 3); L. 13, § I, de dolo (IV, 3); L. 4, § 26, de doli exc. (XLIV, 4).

(*a*) Cmp. A G. Gramer, progr. de pubertatis termine. Kiliæ 1804. Rudorff Recht der Vormundschaft, t. III, § 202.

cipalmente respecto á la edad de 14 años para los hombres. Ahora se procura saber si esta controversia tenia por objeto todos los derechos de la pubertad ó solo uno de ellos, y además si se extendia á la edad de los 12 años para las mujeres: en cuanto á este último punto, observaré antes que nada que ningun testimonio de la antigüedad nos autoriza á creer que hubiese sido nunca puesto en duda.

I. Comienzo por examinar el primero y más importante de dichos efectos, la libre disposicion de los bienes, pues que equivale á la conclusion de la tutela. Tambien podemos considerar este efecto como expresion de la capacidad general de obrar, por oposicion á los dos restantes, de los cuales cada uno tiene por objeto un acto determinado.

Justiniano, hablando del sexo masculino, decia que los antiguos independientemente de la edad examinaban la nubilidad de los individuos, que él prohibió semejante exámen como contrario al pudor de su siglo, y que así, para todos los individuos sin distincion, la pubertad comenzaria una vez cumplidos los 14 años (*b*). Gayo y Ulpiano nos dan detalles sobre las antiguas opiniones. Los sabinianos exigian la nubilidad individual que, desde que así pensaban, debia ser probada: los proculeyanos fijaban la edad de 14 años (Javolenus); Priscus creia era necesario reunir ambas condiciones, la edad y la nubilidad individual sometida á exámen (*c*). Esta tercera opinion no hizo otra cosa que completar la de los sabinianos, porque Priscus expresa solamente su verdadero pensamiento, á saber: que el exámen individual no debe tener lugar sino despues de los 14 años cumplidos, y que así la duracion de la infancia no podia nunca verse reducida, y sí, al contrario, prolongada. ¿Cuál era el estado de la cues-

---

(*b*) Pr. J. quib. mod. test. (I: 12): L. 3, C. quando tutores (V, 60). El texto de las Institutas tiene más desarrollo que el Código.

(*c*) Gayo. I, § 196; Ulpiano, XI, § 28. El texto de Gayo presenta más lagunas que el de Ulpiano, en donde toda la parte relativa al uso masculino es completa. No se nota discrepancia en la exposicion de ambos jurisconsultos.—Schilling, Institutionem, vol, II, § 35, nota *m*. rechaza la version de los manuscritos *Priscus* y corrige el texto así; *plerisque visum est*.

tion antes de esta controversia? ¿Qué influencia ha ejercido sobre la práctica?

Se habla del establecimiento antiguo de un límite para la infancia, segun una vieja creencia de los romanos. La naturaleza hab:a fijado 120 años á la duracion dela vida humana, y el destino la redujo á 90, lo cual hizo se la dividiera en tres períodos iguales de 30 años cada uno; pues bien, la mitad del primer período, 15 años, establecia la duracion de la infancia (*d*). Tenemos, además, un otro cómputo enteramente práctico que se refiere á la constitucion militar del rey Servio Tulio, en donde la infancia duraba hasta los diez y siete años, edad en la cual comenzaba la obligacion del servicio (*e*). No voy á examinar hasta qué punto esta segunda fijacion de la edad, suponiendo expresiones inexactas y errores históricos, puede concordar ó simplemente referirse á la primera (*f*). Segun una conjetura propuesta recientemente, dicha fijacion militar y política de la infancia, fuese cualquiera su límite, quince, diez y seis ó diez y siete años, señalaba tambien la época en la cual comenzaba en derecho pri-

---

(*d*) Censorinus de die natali C. 14 (segun Varron). Servius ad Virgil. Æn; IV. 653.

(*e*) Gellius X, 28. «C. Tubero in historiam primo scripsit, Servium Tullium... pueros esse existimasse, *qui minores essent* annis XVII, adque inde ab anno XVII... milites scripsisse.»—Livius, XXII, (*a* 538), «juniores ab annis XVII *et quosdam prœtextatos* scribunt.» Hé aquí, en mi concepto, la explicacion natural de este pasaje: La leva comprendia (despues de la batalla de Cannas) todos los *juniores*, es decir, todos los que tenian más de diez y siete años, edad regularmente fijada para el servicio militar, y esta vez, además, los ciudadanos que no los tenian y que eran por lo mismo *prœtextati*.

(*f*) Niebuhr, R. Gesch., vol. I, p. 492, 3.ª ed., entiende en el pasaje de Tubero (nota *e)* los que no habian cumplido aún los diez y siete años; explicacion contraria á la letra del texto, añadiendo que Tubero se engaña todavía en un año, puesto que, segun Varron, la infancia terminaba al comenzar los diez y seis años. No veo ninguna necesidad de identificar la antigua doctrina mencionada por Varron y Servius con la organizacion práctica del sistema militar. Por lo demás, el pasaje de Tito Livio es todavía más susceptible de explicaciones diversas que el de Tubero.

vado la capacidad para obrar. Esto es posible, natural y verosímil; pero carecemos de un testimonio seguro, y, sobre todo, no debemos olvidar que su aceptacion equivaldria á admitir un principio enteramente nuevo en el primitivo derecho romano. Y, efectivamente, la pubertad y la aptitud para el servicio militar ofrecen dos órdenes de ideas diferentes, y que en la realidad pueden encontrarse separados porque una gran endeblez del cuerpo se une fácil y frecuentemente á una pubertad precoz. Por tanto vemos que, sin excepcion, la capacidad para obrar se enlaza con la pubertad, va unida á ella; consistiendo la dificultad tan sólo en determinar sus límites, y no en buscar como punto de partida un principio que, por su condicion, difiere mucho de la pubertad considerada en sí misma.

Así, pues, para mí la cuestion que trato de esclarecer es la de fijar la época de la pubertad antes que viniere á constituirse en motivo de controversia entre las diferentes escuelas, absteniéndome de examinar si anteriormente á los tiempos históricos la facultad de obrar en derecho privado se referia á un principio distinto del de la pubertad.

Cuando se trata de conocer cómo estaba en su orígen establecida la época de la pubertad, es preciso recordar una antigua costumbre romana que evidentemente se relaciona con este asunto. Los infantes se distinguian de los hombres por un signo característico, el vestido; pues mientras los primeros usaban una túnica bordada de púrpura (*prœtexta*), los segundos llevaban un traje uniforme, la *toga virilis*. La toma de la toga viril se hacia públicamente; era un acto solemne, una manifestacion ostensible de que el niño habia pasado á ser hombre; pero la edad en que tenia lugar la investidura no era la misma para todos. Ante todo debemos decir que, de ordinario, no tenia lugar la ceremonia más que una vez cada año, el 17 de Marzo, ó sea el dia de la fiesta de los *liberalia* (*g*); siendo así que, aun fijada invariablemente la edad,

---

(*g*) Ovidio. Fasti III, v. 771-788. Sin duda que esto no impedia escoger otro dia algunas veces. Segun estos casos excepcionales, Noris, cenotaphia Pisana, Diss. 2, C. 4, p. 103, niega la existencia de la regla é interpreta el pasaje de Ovidio en el sentido de que los infantes hu-

supuesta la forma en que tenia lugar la investidura, podia haber entre los diferentes indivíduos una diferencia casi de un año. Es evidente que para tomar la toga viril era necesario tener, por lo ménos, catorce años cumplidos; así la ceremonia se verificaba en los *liberalia* siguientes, es decir, durante el trascurso de los quince años (*h*). Sin embargo, esto no era una regla absoluta; frecuentemente se buscaba otra época, eleccion que dependia, sin duda, del desarroll› intelectual y físico del indivíduo, pero tambien de una multitud de conveniencias particulares. Hé aquí algunos hechos que confirman lo que acabo de decir: Augusto tomó la toga viril en el curso de sus diez y seis años (*i*); Calígula mucho despues, y, segun las diferentes versiones, durante sus diez y nueve años, veinte ó veintiuno (*k*); Neron, pcr el contrario,

---

bieran llevado una túnica blanca el dia sólo de los *liberalia*. Esta explicacion se halla contradicha por los v. 777-778: «Sive, quod est liber, vestis quoque libera per te sumitur, *et vitæ liberioris iter*.»

(*h*) Schol. in Juvenalem, X, 99, p. 605, ed. Cramer: «Pætexta genus erat togæ, qua utebantur pueri, adhuc sub disciplina, *usque ad XV annum*: deinde togam virilem accipiebant.» Estas palabras, *usque ad XV annum*, á ménos que no estén empleadas de una manera impropia, quieren decir hasta el principio de los quince años. Considero como decisiva sobre este punto la opinion de los Proculeyanos, cuyo orígen debe remontarse á un uso erigido en regla por las costumbres de la nacion.—Noris, l. c. p. 113-116, fija esta época despues de los quince años cumplidos, es decir, un año más tarde que la regla. Pero aun aquí se ve forzado á admitir dos excepciones, y, además, muchos ejemplos que cita no son concluyentes: así (p. 114) el hijo de Ciceron, nacido en 690, tomó la toga viril en 705; Virgilio, nacido en 684, tomó la toga viril en 699; pero como ignoramos el dia, lo mismo pueden referirse los ejemplos á los quince que á las diez y seis años.

(*i*) Suetonius Augustus, C. 8. «duodecimum annum agens aviam Juliam defunctam pro concione laudavit. *Quadriennio post virili toga sumta*.» rel. Comp. Noris, l. c. p. 115.

(*k*) Sueton. Calígula, C. 10. «et inde vicessimo ætatis anno... togam sumsit.» Otros manuscritos dicen *undevicesimo;* pero Oudendorp los corrige así: *unctevicesimo*, y prueba por el cálculo que, efectivamente, Calígula estaba en sus veintiun años: habia nacido en 765, y el acontecimiento á que Suetonio se refiere es del año 786. Comp. Noris, l. c. p. 116.

en sus catorce años (*k'*); Marco Aurelio á los quince, esto es, en la época más comun (*l*).

Así, pues, á ménos que no hubiese habido un debate judicial sobre un hecho particular, se reputaban en Roma como *impubes* ó *pubes*, segun que vestian la pretesta ó la toga viril. Por esto vemos emplear á los jurisconsultos y á los autores como sinónimas las expresiones *prœtextatus* ó (*investis*) é *impubes*, *verticeps* y *pubes* (*m*); siguiéndose de aquí que el hijo sometido á la potestad patria é incapaz de contraer deudas mientras que lleva la pretesta, podia contraerlas desde que se investia con la toga viril (*n*). Para un romano *sui juris* el cambio tenia aún más importancia. En tanto que llevaba la pretesta estaba en tutela, librándose de ella desde el momento en que se ponia la toga viril; (*o*) cambio que podia

---

(*k'*) Nacido el 16 de Diciembre de 790, tomó la toga viril corriendo el año 804. Noris, l. c. p. 115.

(*l*) Capitolonini Marcus. C. 4: «Virilem togam sumsit XV, ætatis anno.»

(*m*) L. 3, § 6, de lib. exhib. (XLIII, 30): «In interdicto, donec res judicetur, feminam, *prœtextatum, eumque qui proximœ prœtextati œtatem accedet*, interim apud matremfamilias deponi Prætor jubet. Proxime ætatem prætextati accedere eum dicimus, *qui puberen œtatem nunc ingressus est.*» Este texto ha dado lugar á una omision inexplicable. Frecuentemente se ha creido que *accedere* quiere decir «entrar;» pero *accedere* significa solo estar próximo, y la edad en que ocurre aquí dificultad ha pasado ya; del mismo modo que cuando se habla del *infantiœ proximus*. Así el pretor menciona: 1.°. los impúberos; 2,°, los que acaban de entrar en la pubertad, y que por tanto no están muy distantes de los anteriores. —«Festus: *Vesticeps* puer, qui jam vestitus est pubertate: econtra *investis* qui necdum pubertate vestitus est.»—Segun una regla del antiguo derecho que subsistió hasta los reinados de Adriano y Antonino, los púberos solos podian ser adrogados. Gayo I, § 102; Ulpian. VIII, § 5; Gello V, 19, expresa la regla en estos términos: «Sed arrogari non potest nisi jam vesticeps.»

(*n*) Véase antes § 103, *d* y § 67, *f*.

(*o*) El impúbero dejaba la pretesta al mismo tiempo que salia de la tutela. Ambos hechos tenian lugar simultáneamente á consecuencia de su relacion con el principio de la pubertad. Es más, aún existen otras indicaciones positivas y son, desde luego, las palabras del escoliasta

tener lugar temprano ó más tarde, segun los indivíduos; pero que mientras el tutor y el pupilo estuviesen de acuerdo, no tenia derecho un tercero para intervenir. Y yo añado por mi parte, que debia tener un gran interés para las transacciones el poder reconocer por medio del trage la capacidad de una persona, y en el caso en que se demostrara un error sobre este punto (*p*) debia suponerse que el impúbero habia tomado una toga viril con el fin de engañar á la otra parte. Pero si el tutor y su pupilo no estaban de acuerdo, era necesario recurrir á los tribunales, y aquí seria únicamente cuando la cuestion estaria en su lugar y seria asunto de controversia. Los proculeyanos sostenian que se debia atender á la edad que habia servido de base á la antigua costumbre romana (nota *h*); los sabinianos querian que la pubertad fuese sometida á un exámen individual, y se explican fácilmente los motivos de esta última opinion. El establecimiento de la pubertad no fué nunca unánime hasta entonces, porque dependia de la voluntad de los ciudadanos; y cuando se hacia imposible poner de acuerdo las voluntades individuales porque las partes interesadas no estaban conformes, los sabinianos querian mantener el estado ordinario, la no uniformidad, sustituyendo por el exámen individual la voluntad de los ciudadanos. Mas semejante proceso debió ser muy raro; era necesario suponer un pupilo que reclamase su independencia y un tutor que quisiera conservar su autoridad, lo cual era ciertamente poco probable. El desenvolvimiento de las disposiciones relativas á la excusas nos demuestra que la tutela era poco buscada, porque no llevaba consigo sino cargas sin provecho y una responsabilidad peligrosa. La poca frecuencia de los procesos de este género nos explica por qué esta cuestion que á primera vista parece de un interés diario y

---

(nota *h*): «adhuc sub disciplina,» que sin duda pueden aplicarse á la autoridad del padre, pero tambien á la relacion de dependencia creada por la tutela. Citaré, además, el texto siguiente de Festus:.. *Bulla aurea* ut significaretur insigne erat puerorum prætextatorum... ut significaretur eam ætatem *alterius regendam consilio.*»

(*p*) L. 2, § 15, pro emtore (XLI, 4): «si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem.» vel.

de una grande importancia práctica, no ha sido promovida anteriormente á las dos sectas de jurisconsultos, y por qué ha sido despues debatida ámpliamente en las escuelas sin que la práctica ó la legislacion hayan dado una solucion definitiva.

La última consideracion tiene tambien su influencia sobre la opinion que nosotros debemos formar del estado posterior de estas materias. Podria creerse que la cuestion habia sido llevada algunas veces ante los tribunales (*q*); pero ha debido suceder muy de tarde en tarde y carecemos de todo motivo para pensar que el exámen del pupilo haya sido un uso adoptado con frecuencia. Los testimonios de los tiempos posteriores nos muestran, por el contrario, el principio de la pubertad fijado siempre á la edad de los catorce años (*r*), y el escaso número de hechos que se podrian alegar en favor del otro sistema tiene un carácter muy sospechoso (*s*). Sostenemos la

---

(*q*) Quinctilian. Inst. or. IV, 2: «cum... de jure quæritur apud centumvros... pubertas annis an habitu corporis æstimetur.»

(*r*) Ulpian. XVI, § 1: «... aut VIV annorum filium vel filiam XII, amisserint... at intra aunum tamen et sex menses etiam... impubes amissus solidi capiendi jus præstat.» (aqui evidentemente 14 y 12 años se emplean como contrapuestos á la pubertad). L. II, pr. quod falso (XXVII, 6). L. § I, C. Th. de his qui ven. (II, 17): «feminas quarum ætas *biennio* viros præcedit.»—Entre los autores extraños á la jurisprudencia, citaré á Séneca, Consol. vel Marciam, c. 24: «pupillus relictus sub tutorem cura usque XIV annum fuit: sub matris tutela semper.»—Macrobios, in Somn. Scip. I, 6:.... tutela..... de qua tamen feminæ... *maturius biennio* legibus liberantur.» Macrobius Saturn. VII, 7: «secundum jura publica duodecimus annus in femina et *quartus decimus* in puero definit pubertatis ætatem.»—Festus v. Pubes.—Isidori Orig. XI, 2.

(*s*) Servius in Vir. ecl. VIII, 39: «cum annis recte jungit habitum corporis, nam pubertas *de jure ex utroque colligitur*.»—Servius in Virg. Æn. VIII, 53: «Secundum jus locutus est, in quo et ex annorum ratione, et *ex habitu corporis ætas probatur*.» Todo esto no es más que erudicion, y áun poco inteligente, porque el segundo comentario se refiere á la edad de una jóven, y para las mujeres no se ha consultado jamás el desarrollo corporal, sino solo el número de años.—Isidori Orig. XI, 2, pasaje inserto en el C. 3, X, de despons. impub. (IV, 2):

creencia de que desde los primeros tiempos del imperio, la regla de los catorce años recibió una aplicacion mucho más general que bajo la república. Otras veces, es verdad, esta regla no se aplicaba sino en el caso poco frecuente de un debate judicial; casi siempre el comienzo de la pubertad se fijaba arbitrariamente por el uso de la toga viril. Bajo los emperadores se empezó á llevar en la ciudad el antiguo vestido de viaje, la *penula* (*t*) que bien pronto reemplazó á la toga. Esta revolucion en el traje tuvo sin duda por resultado el abandonar la festividad nacional del cambio de túnica, porque no se hubo de aplicar la antigua ceremonia al nuevo traje, cuyo uso no se estableció sino paulatina y progresivamente (*u*). Así, pues, fuera del caso excepcional de un proceso, no podemos elegir sino entre la regla de los catorce años y el exámen individual; explicándonos esto porque los textos citados (nota *r*) hablan de la regla en términos tan absolutos como seguramente no les habrian empleado los autores del tiempo de la república.

Si esta exposicion es conforme á la realidad de los hechos, bajo Justiniano la práctica no conocia desde largo tiempo sino la regla de los catorce años, y nadie descendia hasta el exámen individual. La ley de este emperador no tuvo, pues, por objeto, á diferencia de otras muchas, modificar el estado actual del derecho, sino zanjar una cuestion antiguamente controvertida en los libros. Dicha opinion es contraria á la de la mayor parte de los autores, y se cree comunmente que la

---

«Quidam autem ex annis pubertatem existimant: id est eum puberem esse qui XIV annos expleverit, quamvis tardissime pubes eat. Certissimun autem (Decr. *certum autem est eum*) puberem esse, qui et (deest *et* in Decr.) ex habitu corporis pubertatem ostendat et generare jam possit.» La preferencia por la doctrina de los sabinianos tiene todo el aspecto de una erudicion rebuscada únicamente en los libros, como la mayoría de las cosas afirmadas por este autor.

(*t*) Ya desde tiempos de Tácito se llevaba la *penula* áun delante de los tribunales. Dial. de caussis corruptæ eloquentiæ, C. 39.

(*u*) Sin embargo, es probable que en algunas familias distinguidas, y notablemente para los hijos del emperador, se observaran todavía las antiguas solemnidades.

doctrina de Priscus la habia tomado, y lo que es más, dominaba desde los tiempos de Justiniano (*v*). En efecto, la gala de moralidad desplegada por el emperador en sus dos leyes, significa el fin de reprimir un uso escandaloso. Pero nada nos impide creer que aquí la repreșion se dirigia á un escándalo teórico, y la emocion de Justiniano en aquellas circunstancias está completamente en armonía con el estilo declamatorio de sus disposiciones legales. Hay, además, una expresion que parece confirmar esta conjetura; se lee en las Institutas: «Pubertatem.., veteres... ex habitu corporis in masculis æstimari volebant.» Cuyo lenguaje se comprende si el objeto de la censura es tan solo una vieja teoría encontrada en los libros; pero si la práctica hubiese estado conforme con dicha teoría, las frases de la Instituta habrian estado escogidas con poco acierto.

Ahora bien, ¿cómo y por qué motivo se estableció la edad de 14 años como el principio de la pubertad? Se podria referir este término á la antigua doctrina de los filósofos griegos sobre la importancia del número siete, y de este modo el tiempo que precede á la pubertad seria precisamente el doble del de la infancia (*w*): sin embargo, creo mal fundada esta opinion. Si, desde luego, no consideramos más que los números, el de quince (nota *o*) hubiera sido preferido por los romanos. Además, la edad de 12 años para las mujeres no encuentra lugar en este sistema. Finalmente, existe para la adopcion de los 14 y los 12 años una explicacion más sencilla y natural. La experiencia habria demostrado que, bajo el cielo de Italia, la edad nubil comienza en general para los dos sexos á los 14 y los 12 años.

Hasta aquí no he hablado más que de los hombres: réstame examinar cómo para las mujeres la pubertad señalaba el límite de la tutela pupilar. Todos los testimonios se ponen de acuerdo para decir que la pubertad comenzaba para las mujeres á los 12 años cumplidos, sin que nunca se haya ha-

---

(*v*) Cramer, I. c. p. 16.

(*w*) Véase antes, § 107, *h*.—Asi es como lo entiende Macrobio, in Somn. Scip. I. 6: «Post autem *bis septem*... puber sit.» Lo mismo sucede á Censorino, de die natali. c. 14, segun Hipócrates.

blado de controversia en las escuelas ni de exámen individual (*x*). Hé aquí los motivos de esta diferencia. A primera vista se comprende que un exámen individual habria lastimado el pudor del sexo, y esta es la sola razon que da Justiniano; además, no habia respecto á las mujeres las variaciones individuales que llevaban consigo respecto á los hombres la toma de la toga civil, porque ellas usaban la prætexta hasta el dia de su matrimonio (*y*), y, por tanto, ningun signo visible indicaba un cambio de edad. Añadamos en último lugar que aquí el término de la tutela era un acontecimiento ménos notable y ménos interesante, porque á la pupilar sucedía inmediatamente la tutela del sexo, conferida casi siempre al mismo tutor. La regla de los doce años se fundaba seguramente sobre una antigua tradicion, y no tenemos ninguna razon para creer que habia sido confirmada ó aun establecida por una ley (*z*).

§ CX.—II. *Actos libres.—Impedimentos.* A. *La edad.* Impúberos y púberos.—(Continuacion).

II. La cuestion de la pubertad con relacion á la capacidad de testar es más sencilla. Muchos textos del derecho justinianeo dicen expresamente y sin hacer alusiones á ninguna

(*x*) Justiniano, en las Institutas y en el Código, lo dice expresamente en lo que toca á las mujeres. El texto de Ulpiano, XI. 28, ofrece lagunas; pero el giro de la frase prueba que los dos sexos eran tratados de muy distinto modo. Recomiendo de nuevo los textes citados (nota *e*) para el sexo masculino.

(*y*) Los textos en apoyo de esta regla están reunidos en Pitiscus. Véase prætexta, núm. 3.

(*z*) Segun estas palabras, *legitima uxor*, de la L. 4, de ritu nupt. (XXIII, 2), Cramer, p. 9, 17, admite una ley confirmatoria; pero estas palabras tienen absolutamente el mismo sentido que las de otras más usadas de *justa uxor* ó *civiliter nupta* (por ejemplo, en la L, 23, § 3, de lib. et posth. XXVIII. 2). Asi tambien *legitime* ó *illegitime concepti* (Gayo I. § 89), se refieren al *jus civile* en general, y no á una *lex* particular.—Macrobio dice: *legibus liberantur*; más allá, *secundum jura publica* (nota *r*), expresiones que parecen tener el mismo sentido, y por esto *legibus* no dice más que *jure* ó *jure civili*.

controversia, que esta capacidad comienza á la edad de catorce años y de doce cumplidos (*a*). Si creyéramos que dichos textos habian sido intercalados, los testimonios de Paulo y de Gayo (*b*) destruirian toda sospecha sobre este punto. Se explicat ambien fácilmente, por qué los sabinianos podian sin inconsecuencia abandonar aquí su doctrina, apartando de ella el exámen individual. Cuando un ciudadano de edad de catorce años, pero cuya pubertad podia ser dudosa, hacia un testamento, no habia entonces nadie que pudiese negarla y provocar el exámen. La cuestion no podia ser llevada ante los tribunales sino despues de la muerte del testador, con ocasion de un debate contra los herederos testamentarios y los herederos por cognacion; pero entonces era demasiado tarde para probar si el testador era realmente púbero cuando extendia sus últimas disposiciones. Esta es la razon de porqué los sabinianos abandonaban en este caso su doctrina, que en la práctica no hubiese tenido nunca aplicacion. Bajo otro punto de vista, esta concesion tiene importancia; prueba que á la edad de los catorce años habia presuncion de pubertad, presuncion que nadie contradecia; únicamente los sabinianos eran los que querian reemplazarla por certeza en todos los casos en que su presentacion era posible.

III. Resta hablar de la pubertad como condicion de la capacidad para contraer matrimonio. En esta materia la regla de los doce años establecida para las mujeres se mantiene (*c*);

(*a*) L. 5, qui test. (XXVIII, I): L. 2, pr.; L. 15, de vulg. (XXVIII, 6); L. 4., c. qui test. (VI, 22). Una frase de este último texto parece indicar que no puede ser cuestionabie aquí el desarrollo individual: «Nam si hanc ætatem egressus, *licet vigoris nondum emerssisent, vestigia.*» rel.

(*b*) Gayo II, § 113: «masculus minor VIV annorum testamentum facere non potest... femina vero potest XII annum testamenti faciendi jus nanciscitur.»—Paulus III, 4. A, § I; «Testamentum facere possunt masculi post completum quartum decimum annum, feminæ post duodecimum.»

(*c*) L. 9 de sponsal. (XXIII, 1); L. 4, de ritu nupt. (XXIII, 2); L. 32, § 7, de donat. int. v. et. ux. (XXIV, 1: L. 17, § 1, de reb. auct. jud. (XLII, 5): L. 2, § 3, 4, quod falso (XXVII, 6).

pero respecto á los hombres se exige sólo la pubertad (*d*), sin decir si resultaba de la edad ó debia ser confirmada por un exámen individual. Dicho silencio se explica por una circunstancia que en sí es accidental: los matrimonios á tan corta edad eran mucho ménos frecuentes entre los hombres que entre las mujeres y se han tenido ménos ocasiones tambien de hacer aplicaciones de la regla respecto á aquellos. ¿Cómo debemos interpretar este silencio? Primeramente, es necesario decir que aquí como en otros puntos el derecho justinianeo rechaza la doctrina del exámen individual; pero muchos la admiten en cuanto al antiguo derecho (*e*), y no sin una apariencia de razon, porque la pubertad tiene una relacion mucho más directa con el matrimonio que con la tutela ó las sucesiones testamentarias. Sin embargo, me parece que esta doctrina debe desecharse segun el argumento fehaciente ya alegado con ocasion de los testamentos. Cuando un indivíduo de edad de catorce años, pero cuya pubertad puede ser dudosa contrae matrimonio, no hay nadie que tenga derecho para atacar justamente la validez del matrimonio y provocar el exámen. Admitiendo que el matrimonio hubiera sido nulo en su orígen por falta de pubertad, se haria tácitamente válido mientras que la pubertad llegaba, como, por ejemplo, el matrimonio contraido por una mujer de once años es válido por sí mismo una vez cumplidos los doce (*f*). Es indudable que puede existir el interés de rechazar la nulidad del matrimonio en una época determinada, relativamente, por ejemplo, por lo que toca á la validez de una obligacion; pero, ¿cómo probar si existe ó no la pubertad en una época quizá muy lejana? El único caso en el cual la prueba seria posible es cuando en un matrimonio de esta clase é inmediatamente despues de celebrado, una de las partes exigiera la separacion ó sostuviere la nulidad del acto y entonces se procurara investigar si hubo ó no verdadero matrimonio. Además, los sabinianos no han procurado hacer en honor á la lógica la aplicacion de su doctrina á un caso tan

---

(*d*) Pr. J. de nupt. (I, 10).
(*e*) Zimmern Rechtsgesch I, §120, p. 428.
(*f*) L. 4, de ritu nupt. (XXIII, 2).

poco frecuente y que quizá no se haya presentado nunca. Es, pues, muy probable que, relativamente al matrimonio, la regla de los catorce años no haya dado lugar á ninguna controversia *(g)*.

Desde la pubertad hasta la mayor edad habrá grados intermedios que tengan su importancia jurídica; pero como cada uno de ellos es relativo á una institucion especial, su exposicion cae fuera de la de las consideraciones generales sobre la edad como condicion de la facultad de obrar, entrando como elemento constitutivo en el estudio de las referidas instituciones. Tales son, por ejemplo, las reglas siguientes: es necesario tener diez y siete años para postular en juicio (*h*); diez y ocho para ser juez en el sentido del antiguo derecho (*i*). El hombre libre que se deja vender fraudulentamente como esclavo, se hace esclavo en castigo de su fraude, si es de edad de veinte años (*k*); antes de dicha edad no se podia manumitir un esclavo sin la autorizacion del magistrado, y despues de Justiniano cuando no se habian cumplido los diez y siete años (*l*).

Veamos ahora una disposicion relacionada más estrechamente con la pubertad. Trajano habia asignado alimentos á una multitud de niños de ambos sexos hasta la edad de la pubertad (catorce ó doce años). Adriano extendió su liberalidad hasta la edad de diez y ocho años y de catorce. Este acto

---

(*g*) El único autor que promueve cuestion acerca de este exámen con relacion al matrimonio es Quintiliano, declam. 279. Hé aquí la especie: un padre ha casado á su hijo impúbero; éste sorprende á la mujer en fragante delito de adulterio, y transige con el seductor por dinero. El padre, movido por este hecho, quiere *abdicar* de su hijo, y todo el razonamiento versa sobre la legalidad de esta *abdicatio*. El orador sostiene, entre otros asertos, que no ha habido verdadero matrimonio, y propone probarlo haciendo reconocer al hijo. Narraciones tan romancescas no bastarian para establecer la existencia de un principio de derecho, sobre todo aquí, en donde se trata de una institucion extraña al derecho romano, la *abdicatio*.

(*h*) L. 1, § 3, de postul. (III, 1).

(*i*) L. 57, de re jud. (XLII, 1).

(*k*) § 4, J. de j. pers. (I, 3).

(*l*) Ulpiano, I, § 13; Gayo I, § 38, § 7, J. qui et quib. ex causis (I, 6).

de beneficencia no tendria nada de comun con la pubertad sin la aplicacion que por consecuencia se hizo del hecho al derecho privado: decidiéndose que cuando un testador legase alimentos hasta la edad de la pubertad, serian legados tenidos hasta la edad de los diez y ocho años y de catorce por analogía de lo hecho por la munificencia imperial (*m*). Tambien hay otra disposicion semejante, pero de nombre tan sólo: la cuestion de saber si el adoptante deberia ser necesariamente de más edad que el adoptado, que fué controvertida hasta la época de Gayo (*n*). Más tarde se estableció como regla que el adoptante debia tener por lo ménos diez y ocho años más que el adoptado, llamándose á esta diferencia de edad *plena pubertas*, lo que estableció entre dicha regla y la pubertad una relacion al ménos nominal (*o*). Hé aquí todo cuanto se puede decir de la *plena pubertas*, y no tienen razon alguna los autores modernos cuando han establecido ó pretendido establecer, atendido sólo este nombre, una institucion nueva tambien parecida á la pubertad misma.

Me resta que hablar de una dificultad especial á la doctrina de los sabinianos. Querian los partidarios de la escuela que la pubertad fuese probada por un exámen individual; pero ¿cómo obrar respecto á los impotentes quienes nunca hubieran sido púberos? En la doctrina misma de los proculeyanos se podia, sin inconsecuencia, dictar para este caso una disposicion excepcional; porque si era evidente que los romanos admitian una relacion entre la edad nubil y la capacidad de obrar, era natural retrasar el ejercicio de esta facultad para los que no debian nunca ser púberos.

Examinemos desde luego la cuestion relativamente á la capacidad de testar. Paulo dice expresamente: *spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubes-*

(*m*) L. 14, § 1, de alim. leg. (XXXIV, 1). Cmp. sobre este texto notable, Cramer, 1. c. p. 20.

(*n*) Gayo I, § 106.

(*o*) L. 40, § 4, de adopt. (I, 7); de Modestino, § 4, J. de adopt. (I 11). Modestino se expresa así: «major esse debet eo, quem... filium facit: *et utique plenæ pubertatis, id est decem et octo annis* eum præcedere debet.» Las Institutas dicen: «plena pubertate præcedere.»

cunt, id est anno decimo octavo. Segun este texto, las dos escuelas aparecen acordes en fijar á los impotentes un número de años, pero mayor que para los otros, conjetura maravillosamente confirmada por la *plena pubertas* de diez y ocho años, de la cual he hablado hace un momento. Así, despues de *décimo octavo* es necesario sobreentender *completo*, ó mejor, segun una admirable version que parece ser la de la mayoría de los manuscritos: «annorum decem et octo.» Esta decision estaba además fundada sobre una consideracion muy justa. La pubertad comienza generalmente á los catorce años, es decir, para el mayor número; sin embargo, en algunos individuos se retrasa hasta el fin de los diez y ocho (*plena pubertas*); era, pues, muy natural adoptar la última de estas épocas para los impotentes (*p*). Segun lo que precede, es necesario entender por *plerique* no la mayor parte, sino por el contrario, algunos, es decir, el menor número de los que tienen una pubertad tardía, encontrándose ejemplos de esta significacion (*q*). Muchos suprimen la mencion de los diez y ocho años como una adicion de los copistas (*r*); y otros quieren corregir *decimo quarto* (*s*); mas ambas conjeturas tienen contra sí la autoridad de todos los manuscritos: la primera hace ininteligible el texto; la segunda ocioso por

---

(*p*) Así es como lo entiende Cujas sobre la L. 1. D. de minoribus (Opp. I, p. 988): «Sed in eis causis (la adopcion) non ideo dicitur plena, quod is sit pubertatis finis, sed quod frigidiores, *qui tardius pubescunt*, ea fere œtate puberes fiant, *ut Paulus significat, lib.* 3 *Sent., tít.* 4.»

(*q*) Tacitus, Hist. IV, 84: «Deum ipsum *multi* Æsculapium... *quidam* Osirin... *plerique* Jovem... *plurimi* Ditem patrem... conjectant.» Del mismo modo en la L. 25, § 2; L. 26, de pactis (II, 14), *plerumque* designa el caso excepcional y raro por oposicion á lo que ordinariamente sucede. Véase además L. 32, § 10 de don. int. v. et ux. (XXIV, 1) y Brissonius, v. *plerumque*.—En el texto de Paulo, algunos manuscritos omiten la palabra plerique, lo cual no tiene ningun sentido.

(*r*) Dirksen, Beitrage, p. 53, y antes de él otros autores citados en las notas de Schulting.

(*s*) Esto es lo que hace la ed. in 4.° de Bonne, nota 3.

demás, porque ¿para qué hablar de los impotentes si están regidos por la ley general? Una constitucion de Constantino incluia á los eunucos en la última clase de impotentes y en el mismo rango que los demás hombres en lo relativo á su capacidad de testar (*t*). Dicha ley parece que tiene por objeto abolir la antigua regla de los diez y ocho años, de la cual confirma indirectamente la existencia.

Una cuestion de mayor importancia era la de saber cuándo terminaba la tutela de los impotentes. Gayo (I, 196) dice á este propósito: Los sabinianos llaman *pubes* en derecho, «qui generare potest: sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam ætatem esse spectandam, *cujus ætatis puberes fiunt.*» El *puberes fiunt* no puede aplicarse sino á los impotentes, pues vemos que Gayo acaba de decir que jamás llegan al estado de pubertad, ó más claro, á la edad en que otros se hacen púberos. Sí Gayo hubiere considerado la edad de los catorce años, de la cual se ocupa inmediatamente despues con ocasion de la doctrina de los proculeyanos, hubiera expresado seguramente este nombre, miéntras que la perífrasis de que se vale indica una fijacion diferente, y si se la une este texto de Paulo sobre los testamentos, parece que la explicacion natural debiera ser que, *á la edad en que algunos, aquellos cuyo desenvolvimiento es más tardío, llegan á la pubertad*; y así el *puberes fiunt* de Gayo seria el equivalente del *plerique pubescunt* de Paulo. Quizá tambien Gayo hubiera escrito *plerique puberes fiunt* y la palabra *plerique* se omitiera en el manuscrito que poseemos, como habia sido omitida en muchos manuscritos de Paulo.

Bien puede ser que aparezca como extraordinario se haya debido fijar una edad para el matrimonio de los impotentes, pero no era tanto si atendemos á que se les permitia contraerlo á todos, excepto á los eunucos (*u*). Por lo demás, bien

---

(*t*) L. 4. C. qui test. (VI, 22). «Eunuchis liceat facere testamentum, componere extremas *exemplo omnium* voluntates» rel. Las palabras *exemplo omnium*, si se les refiere á la edad dan al texto un sentido más preciso.

(*u*) L. 39, § 1 de j. dot. (XXIII, 1).

se concibe que tales matrimonios eran ya por sí bastante raros para que unamos á esta su condicion la circuntancia rarísima de que se celebraran en una edad tan temprana: si hubieran sido frecuentes, es posible que se hubiere exigido tambien la edad de diez y ocho años.

En derecho justinianeo no hay dificultad sobre ninguna disposicion especial relativa á los impotentes; la regla de los catorce años les es aplicable, pues en parte alguna se consigue la excepcion á su favor, y es enteramente casual que este principio se encuentre expresado con motivo de los testamentos (nota *t*).

§ CXI.—II.—*Actos libres.—Impedimentos* A. *La edad:* Minores *et* majores *(a).*

La libertad absoluta que tenian los púberos para disponer de sus bienes, fué estimada bien pronto como peligrosa, necesitándose la adopcion de nuevas medidas cuyo efecto se extendió hasta los veinticinco años, estableciéndose así en cuanto á la edad un límite desconocido en el antiguo derecho. A medida que el Estado se engrandecia, la riqueza y el lujo de los particulares fueron en aumento, y de aquí la alteracion de las costumbres y la complicacion de las relaciones sociales. Tampoco la presuncion que atribuia á los púberos la inteligencia de los negocios, otras veces bien fundada, estaba en armonía con el nuevo órden de cosas (§, 107, *g*).

Las garantías artificiales concedidas á los menores no fueron establecidas sino gradualmente y en el órden siguiente: hácia la mitad del siglo sexto de la fundacion de Roma la ley Plœtoria estableció la edad de 25 años, antes desconocida (*b*), y el nombre *œtas legitima* dado otras veces á la pubertad, se aplicó á la edad de los veinticinco años (*c*).

(*a*) Cmp. Savigny, von dem Schutz der Minderjahrigen in Römischen Recht und insbesondere von der Lex Plætoria, en los Abhandlungen der Berliner Academie de 1833, p. 1 39.

(*b*) La prueba más directa se encuentra en la L. 2, C. Th. de don. (VIII, 12). Tambien Plauto llama á esta ley, *Lex quinavicenaria*. Pseudolus I, 3 69.

(*c*) L. 2. C. Th. cit.; L. un. § 3, C. Th. de his qui ven. (II, 17); L. 28 in f. de apell. (XLIX, 1). Cmp. Brissonius v. Legitimus.

Pero la ley no concedia á los menores sino una proteccion indirecta, amenazando con un proceso criminal á los que tratasen fraudulentamente con ellos.

Despues, el edicto del pretor les concedió una proteccion más poderosa y eficaz; admitió el principio general de la restitucion contra todo acto ó toda omision perjudicial á sus intereses. Finalmente, una ley de Marco-Aurelio dió á los menores curadores encargados de velar por la conservacion de sus bienes.

Estas diversas prescripciones afectan ménos á la facultad de obrar de los menores que á la infancia y á la pubertad, por lo cual su exámen detallado encontrará lugar oportuno en otra parte del sistema (*d*); no habiéndolos mencionado aquí sino para reunir bajo un solo punto de vista todo cuanto hace referencia á las divisiones de la edad.

Antes de terminar la exposicion de esta materia me queda que indicar las reglas que tambien se aplican en el derecho moderno.

La teoría moderna de la *infantia* ha perdido casi toda su importancia práctica, porque descansaba principalmente sobre la *tutoris auctoritas*, y veremos, cuando nos ocupemos de la tutela, que la *tutoris auctoritas* es por su naturaleza extraña al derecho moderno. Así, pues, la única regla subsistente hoy dia es la que permite al infante de edad de siete años contraer esponsales y verificar aquellos actos que no le pueden ocasionar un perjuicio.

Por consecuencia de la nueva forma dada á la tutela la pubertad no señala ya el comienzo de la independencia y de la libre disposicion de los bienes.—La capacidad de testar comienza siempre con la pubertad. El derecho canónico reconoce expresamente la capacidad de contraer matrimonio á

(*d*) La lex Plætoria perdió su influencia desde mucho tiempo despues en la práctica del derecho (Savigny, p. 18). Hablaré de la restitucion en el capítulo siguiente del libro II cuando me ocupe de los medios establecidos para garantía de los derechos. Finalmente, la curatela de los menores pertenece al derecho de la tutela y entra en la parte especial del sistema.

la edad de catorce y doce años (*e*). Esta disposicion es contraria á nuestras costumbres, y las legislaciones modernas la han modificado en muchos pueblos.

Finalmente, la menor edad continúa siendo una causa de restitucion; pero sin dar lugar más que á una curatela especial, porque se la ha confundido con la antigua tutela de los impúberos.

§ CXII.—II. *Actos libres.—Independientes.*—B. *Enajenados.* C. *Entredichos.*—D. *Personas jurídicas.*

B. La enajenacion mental lleva consigo, sin duda alguna, un impedimento natural á los actos libres y á los efectos que hubieran de producir. La apreciacion de este estado es en un sentido más fácil que la de la infancia más rudimentaria, porque aquí el cambio no se verifica á consecuencia de un desarrollo progresivo, lento é insensible, sino que algunas veces es accidental ó, al ménos, la transaccion es rápida y bien notable. Pueden existir grados difíciles de caracterizar; pero no se podria como para la edad zanjar la dificultad por medio de reglas positivas y absolutas; su solucion se abandona al criterio del juez ó al de hombres competentes, porque de su juicio debe depender siempre la resolucion de los magistrados.

Las manifestaciones exteriores de tales estados varían, segun que los acompañan ó no accesos violentos. Los romanos tenian dos frases, *furiossus* et *demens*, que algunas veces empleaban indiferentemente como sinónimas de enajenacion mental (*a*), y otras como denominaciones especiales del fu-

---

(*e*) C. 5, 10, 11, X, de despons. impub. (IV, 2).—Desvíase un poco aquí del derecho romano en cuanto que el matrimonio contraido antes de los doce ó catorce años, si hubo cohabitacion, se declara válido é indisoluble. C. 6, 8, 9, 11, X cod.; C. un. cod. in VI. (IV, 2). Hé aqui por qué se ha insertado, C. 3, X cod. el pasaje en donde Isidoro habla de la controversia de las dos escuelas y dá la preferencia á la opinion de los sabinianos (§ 109, *s*).—Véase principalmente Glück. Pandecten vol. XXIII, § 1203, y Eichhorn Kinchenrech, vol. II, p. 339, sig.

(*a*) Cicero, Tusc.; quæst III, 5; L. 7, § 1, de cur. fur. (XXVII, 10); L. 14, de off. prœs. (I. 18).

ror y de la demencia (*b*); pero sin que hubiese en ello inconveniente, pues que las consecuencias jurídicas de uno y otro estado son por completo idénticas (*c*).

Los enajenados tienen capacidad de derecho como cualquier otro hombre; sus bienes no sufren ningun daño, ni sus relaciones de familia, tales como el matrimonio y el poder paterno (*d*).

Su capacidad en ejercicio, su facultad de obrar está, no obstante, en suspenso. Así, pues, todo lo que emana de ellos no tiene sino la apariencia de un acto, y no produce efecto alguno jurídico (*e*). Este principio importante recibia aplicaciones muy variadas, por ejemplo, en materia de contratos, de testamentos, de divorcio, de posesion (*f*), y se aplicaba igualmente á los crímenes y á los delitos (*g*); así, cuando la propiedad ajena era violada por un loco no tenia éste ninguna responsabilidad.

Solamente cuando la enajenacion mental se interrumpia por intervalos lúcidos, era cuando los actos cometidos en ellos se consideraban como perfectamente válidos, como si jamás hubiese existido aquel estado patológico (*h*).

Es necesario distinguir la simple debilidad de ánimo de la

(*b*) L. 25, C. de nupt. (V. 4); L, 8, § I. de tut. et cur. (XXVI, 5).

(*c*) Este principio se expone formalmente en la L. 25, C. de nupt (V. 4).

(*d*) L. 8, pr. de his qui sui (I. 6),

(*e*) L. 40; L. 5, d. R. J. (L. 17), § 8, J. de inut. stip. (III, 19).—La L. 8, pr. de his qui sui (I. 6), decidiendo que á pesar de la denuncia de uno de los esposos ó de ambos el hijo nacia bajo el poder paterno, parece una excepcion del principio, pero la excepcion es tan solo aparente. Y, en efecto, la concepcion á diferencia de la cohabitacion no es considerada como un acto libre y si como un acontecimiento natural é independiente de la voluntad.

(*f*) L, 2, C. de contr. emt. (IV, 38); L. 2, de inoff. (V, 2); L. 17, qui test. (XXVIII, 1); L. 22, § 7, sol. matr. (XXIV, 3); L. 1, § 12, de O. et A. (XVI, 7); L. 18. § 1. de adqu. poss. (XLI, 2).

(*g*) L. 14, de off. præs. (I, 18), L. 5, § 2, ad L. A. (IX, 2).

(*h*) L. 6, C. de cur. fur. (V, 70); L. 14, de off. præs. (I, 18); L. 2. C. de contr. emt. (IV, 38).

enajenacion (*i*). No impedia los actos libres, y solo si alcanzaba un cierto grado exigia la intervencion de los magistrados y el nombramiento de un curador (*k*).

Cuanto he dicho de la enajenacion se aplica á todo estado semejante, llamándoles así á aquellos en que el hombre está privado de su razon, conservando las apariencias, sin embargo, de las actividades de su inteligencia (*l*). Esto es lo que sucede en el delirio producido por la fiebre y en el sonambulísmo natural provocado por el magnetismo. Si en una situacion análoga un hombre repite maquinalmente los términos de un contrato ó firma un acta, sus palabras y su firma no tienen ninguno de los efectos de un acto libre. No se crea obligacion del mismo modo por los delitos cuando un hombre en un estado semejante hubiere causado un daño en la propiedad ajena, si bien este hecho es ménos frecuente que el de un contrato aparente (*m*).

He aquí algunos casos cuyo carácter es dudoso, y ante todo citemos la embriaguez en su último grado. Relativamente á los actos jurídicos la embriaguez se asimila á la enagenacion mental, aun cuando el que sufre dicho estado hubiera sido obligado por medio de amenazas á repetir mecánicamente las palabras ó á firmar un escrito: no sucede sin embargo así con respecto á los delitos y crímenes. Seguramente que no se podria imputar el *dolus* á un hombre completamente embriagado; pero como no es posible que

---

(*i*) Las expresiones latínas son: *stultus, fatuus insanus*, § 4, J. de cur. (I, 23): L. 25, C. de nupt. (V. 4);—*Mente captus* se toma con preferencia en el sentido de demente ó ya en el de débil de espíritu; cuya doble significacion es necesario distinguir cuidadosamente.

(*k*) § 4, de curat. („ 23); L. 2, de cur. tur. (XXVII, 10): L. 2, de postul. (III, 1).

(*l*) La regla queda sin aplicacion en los casos en que el uso de la razon falta y no hay sino una apariencia de actividad intelectual, por ejemplo, el sueño, desvanecimiento, la epilepsia y la muerte aparente.

(*m*) La L. 60, de re. jud. (XLII, 1): la P. 113. de V. S. (L. 16), hablan del estado febril no con motivo del asunto que nos ocupa, sino relativamente á la cuestion de saber si la fiebre ha de considerarse como un impedimento legítimo para no comparecer en justicia.

nadie caiga en ese estado sin cometer por su parte una falta, los crímenes dan lugar á una pena pública y los delitos á una reparacion de daños, porque el que así se entrega al vicio ha dado por ello ocasion á violaciones ulteriores que merecen algun castigo (*n*).

Se ha pretendido asimilar la cólera cuando es excesiva á la embriaguez; pero sin fundamento alguno racional. Los actos jurídicos son apenas posibles en tal situacion de ánimo y, en cuanto á los crímenes y á los delitos, la cólera no excluye jamás el *dolus*. Esta duda ha sido ocasionada por la regla del derecho romano que declara nulo el repudio promovido en un acceso de cólera (*o*); pero solo concierne á las condiciones exigidas para la validez del repudio en cuanto no basta se promoviera en la forma ordinaria, sino que ha de serlo con calma y reflexion, lo cual es ciertamente imposible en un acceso de cólera.

C. La interdiccion por causa de prodigalidad se encuentra en un texto asimilada á la enagenacion mental y representada como excluyendo toda voluntad (*p*). Pero otros tex-

---

(*n*) Esta apreciacion de la embriaguez es la adoptada por el c. 7, del C., 15, q. I.

(*o*) L. 48, de R. J. (L. 17); L. 3, de divort. (XXIV, 2).—Esta regla no tiene aplicacion práctica sino en el antiguo derecho romano, porque despues de las fórmulas solemnes prescritas por Augusto para la separacion (L. 9, de divort.), apenas si esta podia tener lugar en un momento primero de cólera. Así los textos citados parecen reproducir una ley ó regla tradicional de los tiempos anteriores.

(*p*) L. 40, de R. J. (L. 17). (Pomp. lib. 34 ad Sab.) «Furiosi, vel ejus cui bonis interdictum est, nulla voluntas est.» El epígrafe de este texto explica muy bien su aparente generalidad, como lo ha demostrado J. Gothofred., Comm. in tit. de R. J.; L. 40, cit. En efecto, este texto que por su epígrafe se refiere solo á la L. 20, de aqua pluv. se liga en realidad á las leyes 19 y 20 de aqua pluv. (XXXIX, 3), así concebidas: «Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione aquæ pluviæ arcendæ.—Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: *nulla enim voluntas errantis est*. A esto texto se refiere la proposicion de la L. 40 cit., tomada del mismo texto de Pomponio (34, ad Sab.) y que *bajo esta rela-*

tos más explícitos ponen al incapacitado por esta causa en la misma línea que al impúbero *pubertati proximus*.

Puede ciertamente adquirir un crédito en virtud de una estipulacion, pero no reconocerse como deudor á consecuencia de un contrato (*q*). No puede enagenar (*r*) y, en general, se le priva de la administracion de sus bienes, que pertenece á un curador especial (*s*); autorizándosele para consentir una novacion, si con ella mejora su condicion (*t*). Se le permite aceptar una sucesion que le ha sido deferida, mas siempre bajo la misma reserva expuesta para la novacion (*u*): no puede hacer testamento (*v*). Como evidentemente es capaz de *dolus* está obligado por sus delitos del mismo modo que el impúbero *pubertati proximus* (*x*).

D. Finalmente, toda persona jurídica es por su naturale-

---

cion niega la *voluntas* al incapacitado. Y, así es, pues por un silencio voluntario que pasaria por un consentimiento tácito, podria causarse á sí mismo un daño para el cual es incapaz.

(*q*) L. 6, de V. O. (XLV, 1); L. 9, § 7, de reb. cred. (XII, 1).

(*r*) L. 10, pr. de cur. fur. (XXVII; 10); L. 6, de V. O. (XLV, 1); L. 26, de contr. emt. (XVIII, 1); L. II, de reb. eor. (XXVII, 9). De este modo, no puede efectuar un pago válido, pues, el curador está antorizado para reivindicar el dinero. L. 29, de cond. indeb. (XII, 6).

(*s*) L. I. pr. de cur. fur. (XXVII, 10).

(*t*) L. 3, de novat. (XLVI, 2).

(*u*) L. 5, § 1, de adqu. her. (XXIX, 2). «Eum, cui lege bonis interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat.» Segun la opinion generalmente adoptada, falta el consentimiento del curador. Véase la disertacion de Reinold. Var. cap. I. Si se considera la forma del acto, que para la adicion de la herencia presenta tantas dificultades, el pródigo es capaz, y si no lo fuera el *consensus* que nunca tiene la fuerza de una *auctoritas* no podria remediar aquí su incapacidad. La adicion de la herencia puede, materialmente, no ser válida si la sucesion es honerosa. El consentimiento del curador es un medio de probar sus fuerzas.

(*v*) L. 18, pr. qui test. (XXVIII, 1): § 2, J. quib. non est perm. (II, 12); Ulpiano XX, 13.—No puede de ningun modo servir de testigo en el testamento de un extranjero (§ 6, J. de test. ord. II, 10) de la misma suerte que un impúbero y aun el *pubertati proximus*.

(*x*) J. Gothofredo, I. c.

za y perpétuamente incapaz de obrar (§ 90, 96); porque todo acto supone el ejercicio del pensamiento y voluntad humanos, y estas condiciones no podrian existir nunca en un ser enteramente ficticio como lo es la persona jurídica.

Comparando entre sí los casos enumerados de la capacidad de obrar encontramos las semejanzas y diferencias siguientes: los tres primeros casos, poca edad excesiva, la enagenacion mental y la interdiccion tienen un carácter accidental porque proceden de imperfecciones individuales, pero con la diferencia de que el primero es una imperfeccion normal, inseparable de la naturaleza humana y pasajera, en tanto que la enagenacion mental y la interdiccion pueden ser consideradas como estados especiales y perniciosos. La incapacidad de las personas jurídicas no procede de ningun defecto individual, sino de la naturaleza general y constante de esta clase de personas.

§ CXIII.—II. *Actos libres.—Su extension mediante la representacion.*

La capacidad natural que las personas tienen para verificar actos jurídicos puede ser modificada positivamente de dos modos: por restriccion, cuando ciertas personas son declaradas incapaces para determinados actos ó para todos (§ 106-112); por extension allí en donde la representacion está admitida. Dicha representacion, cuya naturaleza vamos á estudiar, ejerce sobre el total de las transacciones una doble influencia. Desde luego, las facilita, porque los órganos jurídicos de cada individuo se encuentran así multiplicados y se verifican hechos cuya realizacion hubiera sido, si no imposible, al ménos muy difícil. Además, la representacion suple la falta de la facultad de obrar allí en donde la hemos visto existir segun las reglas ya expuestas y bajo este segundo punto de vista su importancia es todavía mayor. Efectivamente, la representacion permite la intervencion de los actos libres en las relaciones de derecho concernientes á los impúberos, los enagenados y los pródigos, lo cual sin ella seria imposible casi siempre.

Pero antes de exponer los principios que regulan la re-

presentacion es preciso determinar la extension de su dominio. Este es el derecho de bienes, limitado á las transacciones entre vivos. Así, pues, la representacion no halla más que dos aplicaciones insignificantes en el derecho de familia (*a*) y respecto al derecho de sucesion, que no tiene por objeto regular las disposiciones de los bienes entre vivos, sino su trasmision de una generacion á otra (*b*). En materia de obligaciones la representacion se aplica á las transacciones mismas, es decir, á las relaciones de persona á persona; pero no á la reparacion necesaria que llevaba consigo la violacion del derecho (*c*).

Paso ahora á la explicacion histórica de las reglas. En los tiempos antiguos encontramos el principio riguroso, muy molesto para las transacciones, de que ninguno podia ser representado más que por las personas que estaban bajo su dependencia, y sólo para adquirir, nunca para disminuir sus bienes.

Segun este antiguo principio, los infantes y los esclavos, las personas *in manu* ó *in mancipio*, adquirian válidamente para el jefe de la familia lo mismo la propiedad y los *jura in re* que los créditos. Estas adquisiciones podian tambien hacerse independientemente de la voluntad del representado y del representante, y segun las fórmulas rigurosas del *jus civile* la mancipacion y la estipulacion. Bien sea que el padre encargue á su hijo estipular ó recibir una mancipacion, bien

---

(*a*) Así, el matrimonio ó la adopcion no podian hacerse sino personalmente, nunca por representacion, del mismo modo que la emancipacion y la manumision de los esclavos. Habia en alguna suerte representacion cuando un *filiusfamilias* que contraia matrimonio por la *confarreatio* ó la *coemtio* conferia al padre el derecho sobre la mujer *in manu*.

(*b*) Por esto nadie puede testar ó hacer adicion de la herencia por medio de representante. Del mismo modo sucede cuando un *filiusfamilias* ó un esclavo instituido heredero hace adicion, y la sucesion se adquiere así para el padre ó el señor respectivamente.

(*c*) Así se puede contratar por representante: en materia de delitos la representacion es imposible.

que éste verificase dichos actos aislado de su padre (*d*). Así, todas las personas sometidas á una misma potestad eran instrumentos que adquirian para el jefe de la familia comun.

De otra parte, los jefes de la familia no podian menoscabarse en manera alguna á consecuencia de la representacion. Si, pues, el hijo se obligaba por medio de la estipulacion, el padre lo estaba; y si emancipaba una cosa perteneciente al padre, el que la recibia no llegaba á hacerse propietario de ella (*e*).

La voluntad misma del padre no habria podido modificar la explicacion del principio, ni en interés suyo tomar á su hijo como instrumento para tales actos (*f*).

Por último, las personas independientes no podian en ningun caso ser intermediarios ó representantes eficaces: estaba prohibido en absoluto emplear en los actos jurídicos

---

(*d*) Gayo, II, § 86-96; III, § 163-167. Ulpiano, XIX, § 18-21, tít. 7, per quas pers. nob. adqu. (II, 9); tít. 7, per quas pers. nob. obl. adqu. (III, 28); L. 3, C. per quas pers. (IV, 27).—La *in jure cessio* no admitia esta clase de representacion, porque ni el hijo ni el esclavo podian pronunciar sus palabras: «Hanc rem *meam* esse ajo ex jure Quiritium (Gayo, II, § 96). Aparte de dicho motivo el esclavo era siempre incapaz de comparecer ante un tribunal.

(*e*) L. 133 de R. J. (L. 17). «Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.» L. 27, § 1, ad Sc. Vell. (XVI, I); L. 3, l. de pactis (II, 3); L. 12, l. de adqu. poss. (VII, 32).—Si los textos que preceden no hablan sino del esclavo es un hecho puramente casual, porque el principio se aplica á todo género de dependencias. Si alguno colocado bajo nuestro poder es instituido heredero, no puede hacer adicion sin nuestro consentimiento, porque, en el caso de que la sucesion fuera insolvente, no causaria un perjuicio; pero, una vez hecha la adicion con nuestro consentimiento, la sucesion se nos entrega como si hubiéramos sido instituidos directamente. Gayo, II, § 87; Ulpiano XIX, § 19.

(*f*) Así, cuando un esclavo contraia por órden de su señor una deuda, segun el antiguo derecho no se hacia deudor: el pretor estableció una accion especial para este caso, *quod jussu*. Inspirándose en un órden de ideas análogo fué como se crearon posteriormente diversas obligaciones indirectas por mediacion de los hijos y de los esclavos: «Actio de peculio, tributoria, de in rem verso.»

extranjeros ó personas libres (*g*); bien fuese para adquirir un derecho, bien para contraer una obligacion, aun cuando todas las partes interesadas hubieran admitido de comun acuerdo la representacion (*h*).

Mas un principio tan estrecho y riguroso no podia mantenerse cuando la civilizacion hubo aumentado las transaciones sociales, y fué admitiéndose poco á poco la mediacion, si bien limitada á ciertos casos. Comenzó la reforma respecto á la adquision de la posesion y á los medios de adquirir la propiedad fundados en aquella, tales como la tradicion y la ocupacion (*i*). Despues se admitió la representacion para las enagenaciones resultantes de la tradicion y para las adquisiciones del mismo género; permitiéndose en todos los casos hacerse representar ya por los hijos ó los esclavos, ya por personas libres (*k*). Así, de este modo, en lo que toca á las traslaciones de la propiedad no se excluyó la representacion libre sino para las antiguas formas del derecho civil primitivo, la mancipacion y la *in jure cessio.*

En su consecuencia se admitieron las mismas facilidades en materia de obligaciones; pero aquí la modificacion se llevó á cabo más lentamente y con cierta vacilacion, no como para la propiedad (*l*). Así, para los contratos, tales como la venta ó el arrendamiento, se estableció que los créditos pudiesen adquirirse y contraerse las deudas por representacion empleando á este efecto el planteamiento de *utiles actiones.* Pe-

---

(*g*) El que está fuera de nuestra dependencia, y por esta causa no puede representarnos segun el antiguo derecho, se llama *extranea* ó *libera persona* (Gayo II, § 95). Así, pues, *libera* significa aquí no sólo la oposicion ordinaria de la *dominica potestas*, sino toda clase de dependencia, potestas, manus, mancipium.

(*h*) Gayo II, § 95, 7, per quas pers. nob. adqu. (II, 9).

(*i*) § 5, 7, per quas pers. (II, 19); L. I, C. de adqu. poss. (VII, 32); L. 20, § 2, de adqu. rer. dom. (XLI, I); L. I, C. per quas pers. (IV, 27); L. II, § 6, de pign. act. (XIII, 7); Paulo, V. 2, § 2.—V. Sagigny, Recht des Besitzes § 26.

(*k*) 42, 43, 7 de rer. div. (II, I); L. 9, § 4, de adqu. rer. dom. (XLI, I); L. 41, § I de rei vind. (VI, I).

(*l*) Es punto cuya exposicion detallada segun las fuentes se refiere al derecho de obligaciones.

ro los contratos sometidos á las formas rigurosas del antiguo derecho civil, es decir, las estipulaciones deben verificarse siempre personalmente, nunca por medio de la representacion; regla asentada tambien aún por el derecho Justinianeo *(m)*; sin embargo, se la modificó en la práctica, despojándola de su antigua dureza. La representacion no fué admitida para una estipulacion aislada; pero sí durante el curso de la gestion de un interés cualquiera confiado á un mandatario eran necesarias varias estipulaciones como parte integrante de ella, las acciones resultado de dichas estipulaciones no afectaban al mandatario sino al mandante mismo. Lo propio se aplicaba al tutor *(n)* y al procurador *ad litem* (*o*) cuando habian tenido necesidad de hacer estipulaciones, el uno durante la tutela, y el otro en el curso del litigio.

Finalmente, sobre los casos diferentes que preceden se funda la regla general que Justiniano erigió en ley en el siguiente texto: L. 53, de adqu. rer. dom. (XLV, I), (tomada de Modestino, lib. 14 ad Q. Mucium): «Ea, quæ civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.»—Las consecuencias que se desprenden del texto para el derecho justinianeo, pueden expresarse por las proposiciones siguientes:

1.° Los actos civiles continúan sometidos á los antiguos principios del derecho. La representacion no tiene lugar sino para adquirir y esto solo refiriéndose á las personas que están colocadas bajo nuestra dependencia. Los únicos actos que siendo civiles reconoce el derecho de Justiniano segun las reglas antes expuestas y que excluyen el derecho de sucesion y el de familia son las estipulaciones.

(*m*) L. 3, C. de contr. stip. (VIII, 38); L. I, C. per quas pers. (IV, 27); § 4, 7, de inst. stip. (III, 17); L. 126, § 2, de V. O. (XLV, I).

(*n*) L. 2, pr. de admin. (XXVI, 7); L. 5, 6, 7, 8, quando ex facto tut. (XXVI, 9).

(*o*) L. 5, de stip. præt. (XLVI, 5).

2.° Los actos naturales admiten toda clase de representacion por personas dependientes ó libres para adquirir y para enajenar. Abraza, pues, el precepto en el derecho justinianeo los actos más numerosos y más importantes, y aquí esta parte de la regla es el punto capital (*p*).

3.° La representacion en sí misma es de dos especies:

a) Representacion necesaria, fundada en el antiguo derecho, que se considera siempre como medio de adquirir sea por actos civiles, sea por actos naturales, y esto, aun sin que tenga conocimiento de ello el jefe de la familia é independientemente de su voluntad. Pero esta especie de representacion no procede sino con respecto á los esclavos, porque la *manus* y el *mancipium* no existian ya desde largo tiempo, y los hijos sometidos al poder paterno no adquirian, de ordinario, más para su padre, sino para sí mismos (*q*).

b) La representacion libre podia constituirse de dos maneras. Regularmente por la voluntad de aquél para quien se hacia la adquisicion ó la renuncia. Pero si era personalmente incapaz de obrar la representacion se establecia en virtud de un principio general que suple aquella voluntad. Los impúberos, los enajenados, y los que están bajo entredicho son representados por sus tutores; las personos jurídicas por quienes designaban sus constituciones particulares.

(*p*) El principio parece estar en oposicion con muchos textos del derecho de Justiniano, por ejemplo: § 5, J. per quas pers. (II. 9), y L. I, C. per quas pers. (IV, 27). Segun dichos textos, podria creerse que la posesion es el único medio excepcional de adquirir por la mediacion de un hombre libre, lo que en el pensamiento de estos autores excluia, sobre todo, la mancipacion. Otras veces encontramos la representacion libre para los contratos presentada como dudosa. Todos los textos, segun el espíritu general de la legislacion justinianea, expresan el desenvolvimiento progresivo de la regla que, bajo su última forma, la sola obligatoria, se consigna en la ley 52, de adqu. rer. dom, (XLI, I),

(*q*) Es decir, que si el *filiusfamilias* realiza un contrato de adquisicion sin mencionar á su padre, la propiedad la adquiere para el mismo; mientras que antes de Justiniano la habria adquirido el padre. Pero si éste quiere adquirir puede tomar como persona intermedia al hijo lo mismo que á un extraño, esto es, extraño de sí: absolutamente igual que si se tratara de una enajenacion.

Entre dichas reglas del derecho justiniáneo acerca de la representacion, ¿cuáles son las que tienen aplicacion en el dia? No existen estipulaciones, ni esclavos y por consiguiente hay una ilimitada facultad de libre representacion, pues en la actualidad todos los actos son naturales y la representacion necesaria de los esclavos es en adelante imposible.

§ CXIV.—III.—*Manifestaciones de la voluntad.—Violencia y error.*

Se llaman manifestaciones de la voluntad la clase de hechos jurídicos que no solo son actos libres, sino que segun la voluntad del agente tienen como fin inmediato engendrar ó destruir una relacion de derecho (§ 104).

Preséntanse aquí tres elementos que deben tenerse en cuenta: la voluntad en sí misma, su manifestacion y la conformidad entre los dos términos anteriores.

El primero debe ser estudiado bajo dos diferentes aspectos:

1.° El hecho de la existencia de la voluntad puede aparecer como dudoso por actos contradictorios cuya influencia se trata de determinar: estos son la violencia y el error.

2.° La voluntad misma puede modificarse á consecuencia de ciertas restricciones que ella se impone: estas son, á su vez, el tiempo, la condicion y el *modus*. A primera vista la existencia de la voluntad parece imcompatible con la violencia y el error. En efecto, la violencia es contraria á la libertad. Si, pues, la violencia ha determinado la voluntad, esta no existe, es decir, la voluntad verdadera y sí solo una apariencia suya. Si, en otro caso, el error es su causa determinante no siendo el pensamieato del agente conforme á la realidad de las cosas, su manifestacion no es más eficaz que la de un impúbero ó un enagenado.

Examinando más profundamente ambos casos notamos, sin embargo, que la argumentacion precedente es falsa: no obstante debemos mostrar tambien los elementos verdaderos que contiene. Obran aquí dos poderosas consideraciones morales que guardan con el derecho una afinidad esencial. La violencia por sí no destruye la existencia ni la eficacia de la voluntad; pero la inmoralidad que acompaña á la violencia é invade el dominio del derecho exige ser reprimida. Del

mismo modo el error en sí no anula ni la conciencia ni la voluntad; pero entraña, con grave detrimento para el derecho, una inmoralidad que pide tambien represion. Voy á examinar sucesivamente ambos casos.

La palabra violencia (*vis*) expresa dos clases de acciones muy diferentes que un hombre puede ejercer sobre otro.

1.° Una violencia material que reduce al que la sufre á un estado puramente pasivo. Con relacion á las manifestaciones de la voluntad no cabe este género de violencia cuando emanan de la actividad intelectual. Si, por ejemplo, se obliga á un hombre á firmar cogiéndole la mano, aquí no hay consentimiento, á lo sumo existe una apariencia de tal, como sucederia análogamente en el caso en que se hubiera falsificado la firma. Semejante especie de violencia puede ejercerse negativamente oponiendo un obstáculo á las declaraciones de la voluutad, si, por ejemplo, se emplea la detencion arbitraria para impedir la comision de un acto ó testar. Los autores modernos llaman á esta especie de violencia *vis absoluta*.

2.° La accion ejercida sobre la voluntad por medio de amenazas, es decir, el temor, inspirado con cierto fin. Los autores llaman á este caso *vis compulsiva* (a), y es el único del cual nace una verdadera cuestion, como el único tambien que obra sobre la voluntad de otro. Pareceria, pues, que á ejemplo de los romanos, (b) yo hubiera debido hablar en esta investigacion solo del *temor*; pero he empleado la frase *violencia*, desde luego, como más usada entre los autores modernos y, además, porque se presta á la falsa apariencia

---

(a) El carácter distintivo de ambas clases de violencia se muestra, sobre todo, en la pérdida de la posesion. Puede resultar de la violencia absoluta ó de la compulsiva: en el primer caso hay expulsion; en el segundo tradicion forzosa; aplicándose al de la absoluta el *interdictum de vi*, y á la compulsiva la *actio quod metus causa*. V. L. 9, pr. quod metus (IV, 2); L. 5, de vi (XLIII, 16).

(b) En un principio el edicto estaba concebido así: «Quod vi metusque causa gestum erit.» Más tarde no se hizo mencion de la *vis*, y se dijo tan solo: «Quod metus causa gestum erit.» —(IV, 2).

de una falta de voluntad, falsa apariencia que, sobre todo, me propongo destruir.

Nada más natural á primera vista que considerar la libertad y la violencia como cosas incompatibles, concluyendo de aquí que en donde existe violencia no hay voluntad. Sin embargo, examinado con atencion este aserto nada lo justifica, debiendo ser rechazada la doctrina á que conduce. Cae fuera de nuestro propósito ocuparnos de las dificultades conque tropieza una definicion filosófica de la libertad: en el dominio del derecho consideramos la libertad bajo una apariencia visible, es decir, como facultad de eleccion entre muchas determinaciones. Además, no es necesario añadir que el que es obligado, mejor aún, amenazado, conserva dicha facultad. En efecto, puede elegir entre otras manifestaciones, cumplir el acto que es debido, rechazar con resistencia, ó, finalmente, aceptar el mal con el que se le amenaza. Si toma la primera de estas resoluciones, ha tenido evidentemente libertad para elegir y querer, y desde este momento debemos reconocer que ha existido manifestacion de la voluntad, no aparente sino real, y si, por ejemplo, se trata de un contrato, que este debe tener todos sus efectos jurídicos.

La doctrina precedente es la aceptada por el Derecho romano, que así la consigna en multitud de textos tan claros como decisivos *(c)*, para que pudieran ser racionalmente puestos en duda por testimonios aislados y aparentemente contradictorios *(d)*. Además, la práctica del derecho, de la

---

(c) L. § 5, quod metus (IV, 2). «Si metu coactus adií hereditatem puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esse voluissem, *tamen coactus volui*: sed per Prætorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.» L. 21, 22, de ritu nupt. (XXIII, 3) «... Si patre cogente duxit uxorem, quam non ducere si sui arbitrii esset... *maluisse hoc videtur*.» No hay motivo alguno para entender como se ha hecho frecuentemente por la generalidad de las frases, otra cosa que la violencia propiamente dicha, esto es, el temor reverencial al padre (*metus reverentialis*).

(d) L. 6, § 7, de adqu. vel om. her. (XXIX, 2). «Celsus... scripsit, eum qui metu.,. coactus, *fallens adierit hereditatem*.—Heredem non fieri, etc. Aquí *fallens* tiene el sentido de *simulans*, es decir, que por el temor él habia simulado ciertos actos de heredero, como *gestio*, y

cual voy á hablar al momento, y que no es dudosa, implica necesariamente como base este principio fundamental.

Si la violencia en sí no excluye la libertad del que es su víctima y no se opone á la eficacia natural de las manifestaciones de la voluntad, sin embargo, está en contradiccion directa con el fin del derecho, que consiste en garantir á la persona la independencia de sus determinaciones (§ 52). Vemos, pues, que hay en la violencia una inmoralidad que entra en el dominio del derecho, y que sin ser una injusticia inmediata y real tiene cierta afinidad con ella (*e*). Correspondia al derecho positivo rechazar de su propia esfera dicha inmoralidad mediante disposiciones eficaces, y tal fué precisamente el fin que el Derecho romano se propuso (*f*). Los medios numerosos de que al efecto se valió no pueden ser profundizados sino en la parte especial de esta obra, limitándome al presente á

---

desde este momento no habia realmente adicion de la herencia (*fallens adierit*, por, *simulaverit se adire*). La correccion de *pallens* en vez de *fallens* no es admisible. V. sobre este texto, independientemente de la glosa, á Cujas, en la ley 21, quod metus, Opp., I, 971. Markart. interpr. II, 13.—L. 9, pr. qui et a quib. manum. (XL, 9). En el acto de temor de que se ocupa esta ley no hay manumision verdadera, sino un reconocimiento escrito de libertad, reconocimiento ineficaz en sí. La ley 17, pr. eod. habla de una ordenanza de policía que prohibe las manumisiones arrancadas por el furor popular. La necesidad de la prohibicion prueba que sin esto las manumisiones habrian sido válidas.

(*e*) El temor ó la amenaza no implica necesariamente una injusticia premeditada, porque el que la comete puede al mismo tiempo no desear ponerla inmediatamente por obra; pero en derecho tal distincion no tiene influencia alguna, porque el acto injusto sobre la voluntad de otro queda siempre el mismo.

(*f*) L. 116, pr. de R. I. (L. 17. «Nihil consensui tam contrarium est, qui bonæ fidei judicia sustinet, quamvis atque metus: *qum comprobare contra bonos mores est.*» En lugar de «qui bonæ fidei,» el manuscrito de Florencia, dice «qui *ac* bonæ fidei.» Muchos manuscritos contienen «qui *et* bonæ fidei.» La inteligencia mejor, que la adopto, tiene además en su favor la autoridad de los manuscritos.—L. 3, § I, quod metus (IV, 2). «... vin accipimus... *quæ adversus bonos mores* fiat.»—L. I, eod. «Ait prætor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.» L. I, § 5; eod. (Véase antes nota *c*).

dar una sumaria exposicion que los haga conocer. El Derecho romano emplea desde luego con el referido propósito una accion particular, despues una excepcion contra toda clase de accion, y por si esto no basta el restablecimiento del antiguo estado de cosas por via de restitucion (*g*).

Trátase ahora de determinar las condiciones que debe reunir la violencia para producir resultados importantes.

1.° El mal con el que se amenaza debe ser grave; la muerte, heridas (*h*), ó la pérdida de la libertad, sea que se trate de la privacion material de ésta, la prision, cadena perpétua (*i*), la esclavitud (*k*). Si, por ejemplo, se le amenaza con no ganar una *vindicatio in servitutem* por la sustraccion de ciertas piezas (*l*), ó si el autor de la amenaza está en el caso de reducir á un hombre libre al estado de esclavo (*m*),

---

(*g*) La aplicacion de estos principios á los derechos reales y á las obligaciones ofrece escasas dificultades. El efecto de tales amenazas con relacion á un acto de última voluntad es una cuestion muy controvertida. V. Glück, t. XXXIII, p. 426; Mühlenbruch, § 643.—En cuanto al matrimonio, la libertad absoluta para la separacion, hacia inútil en el antiguo Derecho romano toda disposicion especial, y las reglas aplicadas á las obligaciones no convenian aquí. El Derecho romano, que ha hecho tan difícil la separacion, deja una laguna sobre este punto. El canónico es muy consecuente declarando la nulidad del matrimonio. C. 15, 28, X, despons. (IV, 1); C. 2, X, de eo qui dux. (IV, 7): Böhmer, § 348; Eichhorn, II, p. 352.

(*h*) L. 3, § 1; L. 7, § 1; L. 8, pr., § 2, quod metus (IV, 2); L. 3, de quib. caus. majores (IV, 6); L. 12, C. de transanct. (II, 4); L. 7. C. ex his quæ vi (II, 20).

(*i*) L. 7, § 1; L. 22; L. 23; § 1, 2, quod metus (IV, 2).

(*k*) L. 4, quod metus (IV, 2). «Ego puto etiam servitutis timorem, similiumque admittendum.» Las *similia* son precisamente las amenazas de las cuales hace mencion la nota *i*, la prision ó la cadena.

(*l*) L. 8, § 1, quod metus (IV, 2).

(*m*) Así, por ejemplo, segun el Sc. Claudianum la mujer libre casada con un esclavo ajeno, y tambien los manumitidos ingratos. Si en el último de estos casos el edicto no halla aplicacion (L. 21. pr. quod metus (IV, 2), no es que la *revocatio in servitutem* fuese un mal demasiado grave, sino porque en la especie del texto citado el temor proviene no de la amenaza del patrono y sí de la perversidad del manumitido mismo.

en tales casos, es indiferente que la amenaza se dirija contra nosotros ó contra nuestros hijos (*n*). Este efecto importante de la amenaza se limita á cosas especiales; así, no es eficaz si no toca más que á la reputacion ó á los bienes (*o*), y si se trata únicamente de un proceso, sea civil ó criminal (*p*). El mal cuya amenaza es eficaz, implica casi siempre una verdadera violacion de derecho (*q*); pero cuando esta no alcanza sino á los bienes la amenaza no tiene ciertamente ningun valor (*r*).

2.° Es necesario además que el temor sea fundado, es decir, que el mal sea posible, difícil de evitar, de modo que la

---

(*n*) L. 8, § 3, quod metus (IV, 2).

(*o*) L. 7, pr. quod metus (IV, 2). «Nec timorem infamiæ hoc edicto contineri.» Las palabras precedentes pueden referirse á la infamia verdadera si, por ejemplo, el autor de la amenaza está en condiciones de intentar una accion infamante, la *doli* ó *furti actio*; pueden tambien referirse á maledicencias capaces de afectar la reputacion. En ambos casos, debe tenerse el principio por verdadero.

(*p*) L. 7, pr. quod metus (IV, 2). «Neque alicujus vexationis timorem per hoc edictum restitui.»—L. 10, C. de his quæ vi (II, 20). «Accusationis institutæ vel futuræ metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis, improbum est desiderium.» No quiere decir esto que falta toda proteccion contra la amezaza de una accion tendiendo á arrancar por la fuerza el dinero ó cualquiera otro valor. Este caso cae dentro del edicto, *de calumniatoribus* (Dig. III, 6), sometido á otras reglas que la *actio quod metus causa*.

(*q*) Digo *casi siempre*, porque si la mujer libre casada con un esclavo ó un manumitido ingrato son reducidos á la esclavitud, no hay aquí ninguna violacion de derecho. Véase cómo se explica esta inconsecuencia aparente ahora: el que es reducido á la esclavitud, perdiendo la capacidad jurídica, se puede permitir contra su persona actos que, si se tratara de un hombre libre, serian violaciónes de derecho.

(*r*) Haré una observacion análoga á la consignada en la nota *p*. No es necesario creer que no existe ninguna proteccion contra tales amenazas. Aquí se puede recurrir á la *condictio ob turpem causam* (L. 2, pr.; L. 4, §.2, de cond. ob turp., XII, 5) sometida siempre á otras reglas que la *actio quod metus causa*. La diferencia práctica más profunda que existe entre ambas acciones, es que la *actio metus causa* se dirige contra los terceros, en tanto que las otras (notas *p* y *r*) afectan solo al autor de la amenaza.

ley no proteja la debilidad de carácter ni vanas quimeras (*s*).

3.° Finalmente, y este punto es esencial, no basta que el temor exista sino que es necesario que resulte de una amenaza, esto es, que haya sido producido por una persona con el fin de determinar el acto que se considera dudoso (*t*.) Desde el momento en que esta condicion existe el recurso no tiene lugar solo contra el autor de la amenaza, sino contra los terceros inocentes: es *in rem* (*u*).

Si reasumimos brevemente cuanto acabamos de decir, encontraremos la confirmacion del principio antes enunciado. La violencia no excluye la libertad, y así, no obstante la violencia, la manifestacion de la voluntad no queda ménos eficaz y efectiva. Pero sus efectos principales se determinan por reglas positivas fundadas en la inmoralidad que acompaña á la violencia con detrimento del derecho.

Esta relacion hace resaltar todavía mejor la verdad del principio desde que la violencia no excluye la libertad. Así, ante todo, se ha juzgado necesario crear garantías contra la violencia. Cuando un impúbero ó un enajenado pronuncia palabras susceptibles de obligar á una persona que tiene capacidad de obrar, no se piensa en inventar en su obsequio una proteccion artificial, como, por ejemplo, una excepcion contra la accion resultado del contrato: se dice, y esto basta, que no ha existido acto jurídico. Del mismo modo deberia suceder al que ha sido obligado por medio de amenazas á realizar una manifestacion de voluntad, si la violencia excluia realmente la libertad de determinarse; pero desde el momento en que no sucede así la existencia de dicha libertad se se halla reconocida. Además, si el temor excluia la libertad, debia ser indiferente que fuera expontáneo ó excitado por

(*s*) L. 6, quod metus (IV, 2). «Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere constat.» L. 7, pr.; L. 9, pr. eod.; L. 18, de R. J. (L. 17).

(*t*) L. 14, § 3, quod metus (IV, 2). «Sufficit enim hoc docere, metum sibi *illatum*.» L. 9, § 1; L. 21, pr. eod.

(*u*) L. 9, § 8, quod metus (IV, 2): L. 4, § 38, de doli except. (XLIV, 4).

amenazas, pues que en ambos casos el estado intelectual del que le tiene es idéntico. Como la proteccion de la ley se concede no al temor, sino al provocado por amenazas, el motivo de la ley no es la falta de libertad en la persona del que experimenta el temor, síno la inmoralidad del autor de la amenaza.

Para terminar la refutacion de la doctrina que considera la violencia como exclusiva de la voluntad libre, debo hacerme cargo de una hipótesis que parece haber ejercido influencia sobre muchos partidarios de esta doctrina, sin que se hayan dado clara cuenta de ella. Se puede pensar en un temor ocasionado por las amenazas y llevado á tal extremo que se haga preciso asimilarle á la enagenacion ó al último grado de la embriaguez, y que el hombre por su consecuencia pierda la conciencia de sus palabras y de sus actos. En tal estado no hay efectivamente voluntad (§ 112), y nunca habrá juez ni tribunal que ponga esto en duda. Tampoco importa, de otra parte, mucho que parecido delirio sea el resultado de amenazas ó de un acontecimíento natural, ó aun de temores quiméricos de un espíritu excesivamente apocado. El derecho romano no se ocupa del caso presente en el cual todo es nulo *ipso jure*, y en donde, de otro lado, es indiferente que el temor sea ó no hijo de la amenaza, en tanto que esta circunstancia es la condicion indispensable de dicho sístema de proteccion indirecta: además en la práctica el caso presenta tan poca importancia como dificultad. Tíene poca importancia á consecuencia de su excesiva rareza; en efecto, cuando el miedo llega á producir la pérdida de las facultades intelectuales no puede pensarse ni aun en un resto de apariencia de la actividad; casi siempre este estado lleva al desvanecimiento ó, al ménos, á la incapacidad para toda manifestacion que puede ser falsamente interpretada como verdadera voluntad.

Tambien esta cuestion que acabo de tratar en derecho privado existe igualmente en derecho criminal y ha recibido idéntica solucion. El que se deja dominar por amenazas y comete un delito, obra libremente y es responsable de sus actos, salvo los casos muy raros en los que el uso de las facultades intelectuales se encuentra en suspenso á causa del miedo. Sin embargo, la práctica es aquí de todo punto diferente. No es posible en derecho criminal formular cuestion

sobre una nulidad indirecta (*per exceptionem*); pero algunas veces las amenazas motivan una rebaja y hasta la exencion de pena: sin embargo, el exámen profundo de esta cuestion cae fuera de mi propósito.

§ CXV.—III. *Manifestaciones de la voluntad.* — *Violencia y error.*—(Continuacion).

Vamos ahora á examinar el error como obstáculo posible á una manifestacion de voluntad real y positiva.

Se llama error, ordinariamente, el estado intelectual en el cual la idea de la realidad de las cosas está oscurecida y oculta por un pensamiento falso. Sin embargo, aquí el punto esencial es la ausencia de una idea verdadera, porque se puede muy bien no tener ninguna nocion sobre una cosa sin poseerla falsa. Tal es la diferencia fundamental que existe entre el error y la ignorancia *(error et ignorantia)*, aun cuando sus efectos jurídicos sean absolutamente idénticos. Se deberia, pues, para mayor seguridad y exactitud, no hablar nunca de la ignorancia, porque esta palabra expresa en su más alta generalidad dicho estado defectuoso de concepto. No obstante, los autores hablan más frecuentemente del error sin duda porque es forma más ordinaria y de mayor importancia en la práctica. La fraseología no ofrece, en todo caso, ningun inconveniente desde que se comprende por cualquiera que cuanto se dice del error es aplicable á la simple ignorancia.

Las materias en que el error ofrece una grave influencia son de tal manera numerosas que no se podria encontrar en el sistema un lugar conveniente para exponerlas todas. Sin embargo, para la inteligencia completa del asunto importa abrazar de un solo golpe de vista todas las aplicaciones del error á las relaciones jurídicas: esto es lo que he procurado hacer en un apéndice especial dedicado exclusivamente á la cuestion presente (Apéndice VIII).

No examino ahora el error sino bajo una sola relacion, como causa determinante de una manifestacion de la voluntad. Encontraremos aquí casi siempre un error propiamente dicho, porque la simple ignorancia no da de ordinario lugar más que á omisiones. La voluntad determinada por un error, ¿debe ser considerada como real y eficaz? He indicado ya el

motivo que, á mi juicio, debe movernos á resolver negativamente la cuestion, esto es, una especie de semejanza entre el error y la falta de discernimiento. En efecto, si se declara á los impúberos y á los enajenados incapaces de manifestar su voluntad á causa de su falta absoluta de discernimiento (§ 106), ¿no se debe declarar tambien incapaz á aquel á quien le falta dicho discernimiento con relacion á los hechos particulares que han determinado un acto cualquiera de voluntad? Existen, ciertamente, algunos textos en el derecho romano cuyas expresíones, en extremo generales, parecen favorables á esta asimilacion (*a*).

Sin embargo, una consideracion más atenta de la ley obligó á rechazarla. Cuando decimos que el error ha determinado la voluntad la locucion es muy impropia: siempre el que obra es quien ha dado al error esta fuerza determinante. Su libertad para elegir entre dos resoluciones opuestas queda íntegra; todas las ventajas que el error trae ante su vista puede rehusarlas; así, púes, la influencia del error no excluye de ninguna manera la libertad de la declaracion. Para colocar la cuestion en sus términos verdaderos es necesario distinguir la voluntad en sí misma de lo que le antecede en el ánimo del agente: la voluntad es un hecho aislado, solo exigido para la formacion de las relaciones jurídicas y unir á este hecho un proceso preparatorio, tomando como parte integrante seria una tentativa vana y arbitraria. Así, pues, la doctrina que combato es aquí mucho ménos especiosa que para el caso de la violencia, y en estos términos generales no he encontrado partidarios; las omisiones en dicha materia se refieren á los pormenores y á las cuestiones que ellos suscitan.

La doctrina fundamental sobre el error sirve de base á los principios siguientes del derecho romano, principios aplicables á todos los casos y no solo al que nos ocupa, la influencia del error sobre las manifestaciones de la voluntad.

Segun la regla el error en sí no produce ningun efecto, no

(*a*) L. 20. de aqua et aq. pluv. (XXXIX, 3). «nulla enim voluntas errantis est.» Este principio se encuentra en muchos otros textos. Véase Apéndice VIII, núm. VII.

atribuyéndosele sino en virtud de excepciones especiales (*b*). Y estas excepciones mismas dejan de tener lugar si el que sufre el error no está exento de culpa, es decir, si el error es fácil de evitar.

En general se reputa que existe tal culpa cuando el error en vez de fundarse en un hecho (*facti error s. ignorantia*), consiste en el derecho (*juris error s. ignorantia*). Sin embargo, en ciertas circunstancias particulares y sobre todo en el estado actual del derecho la última clase de error se encuentra algunas veces excusada, y, por consecuencia, válida (*c*).

La regla que precede se aplica de una manera expresa á las manifestaciones de la voluntad (*d*). A su lado se colocan dos excepciones en las cuales el error escusable da lugar á acciones especiales que destruyen la manifestacion de la voluntad: las acciones edilicias y las condiciones fundadas en una causa errónea, principalmente la de mayor importancia de todas, la *condictio indebiti* (*e*).

Dichos principios se aplican al error considerado en sí, porque él puede, como el temor, cambiar de naturaleza, segun la causa de que procede. Si, en efecto, el error proviene de la volunta viciada de un tercero, es decir, del fraude, el caso tiene una analogía evidente con el de la violencia. En ambos vemos ejercerse una accion inmoral, y en ambos tambien entrar dicha inmoralidad en la esfera del derecho, sin que pudiera ser de otro modo, puesto que el derecho tiene por fin garantizar la independencia del desenvolvimiento individual en las relaciones sociales. La primera condicion de toda sociedad es la confianza que ellas hacen nacer; atacada su in-

---

(*b*) Apéndice VIII, núm. VI.—No ha habido, pues, razon para asentar el principio de que si se trata de un daño que debe evitarse se puede alegar toda suerte de errores; pero si se trata de hacer un beneficio solo es permitido el error de hecho y nunca el de derecho. Apéndice VIII, núm. VIII y XL.

(*c*) Apéndice VIII, núm. III y IV.

(*d*) Apéndice VIII, núm. X.

(*e*) Apéndice VIII, núm. XI.

dependencia por la violencia, resulta lo mismo que cuando la confianza lo es por el fraude. Así, pues, estas dos clases de acciones ejercidas, la violencia y el fraude, presentan los siguientes puntos de contacto: ambas tienen un carácter inmoral; ambas, sin constituir una injusticia en sí implican el menoscabo de las condiciones esenciales de la vida social, que encuentra en el dominio del derecho reglas y proteccion, y, por tanto, la una como la otra deben ser declaradas injustas y perseguidas y combatidas por el derecho positivo.

A primera vista se siente uno inclinado á establecer entre los dos casos la distincion de que la violencia, absolutamente condenada, da siempre lugar á medidas de carácter represivo, en tanto que el error, indiferente en sí, no desnaturaliza las manifestaciones de la voluntad como cuando se le une el fraude. Mas esta aparente distincion procede de una circunstancia accidental. Se toma ordinariamente como punto de partida la idea de la violacion en vez de la idea del temor (§ 114). En ambos casos es menester distinguir cuidadosamente el estado interior del agente y la influencia inmoral de otra persona. En el ánimo del agente encontramos, de un lado, el temor, de otro, el error; los dos son del mismo modo indiferentes en cuanto á la existencia de una manifestacion de voluntad verdadera y sin influencia sobre su eficacia; pero ambos revisten un carácter particular cuando son el resultado de una accion inmoral proveniente de la fuerza. El temor aparece entonces como violencia y el error como fraude: hay, pues, entre uno y otro término un paralelismo completo.

Para el fraude, como para la violencia, la exposicion detallada de los medios de represion entra en la parte especial del sistema, y los medios pueden, en general, referirse á las mismas clasificaciones. Así, pues, el que es víctima del fraude tiene segun las circunstancias una accion, una excepcion ó el recurso de la restitucion (*f*). La diferencia esencial

---

(*f*) En el matrimonio, lo que he dicho de la violencia (§ 114, *g*), puede aplicarse al fraude; pero con la diferencia de que es necesario distinguir siempre el fraude esencial del que no lo es y de que el primero era sólo el que entrañaba la nulidad del matrimonio. V. G. Böhmer, Jus can., § 348; Eichhorn, Kirchenrecht II, p. 355; Pufendorf. I, obs. 161.

que existe entre estas dos especies de recurso es que en el caso de violencia la accion puede ser ejercida contra personas extrañas é inocentes (*in rem*); en tanto que en el de fraude no cabe dirigirla sino contra el autor del mismo ó sus agentes (*in personam*) (*g*). El motivo de la diferencia está en que la violencia lleva al derecho una infraccion más grave y peligrosa que el fraude.

Debo aquí, como lo he hecho con motivo de la violencia (§ 114), indicar las condiciones necesarias para que efectivamente tuviera lugar y fuera capaz de obrar contra una declaracion errónea de voluntad.

La frase *dolus* significa, en general, la violacion inmoral de la buena fé sobre que descasan todas las transaciones sociales. La idea del *dolus* es susceptible de diversas modificaciones y admite desde luego muchos grados, porque en tanto implica la censura más severa (*h*), en tanto una simple desaprobacion (*i*). Además recibe diversas aplicaciones, de las cuales son las más precisas y fecundas por sus resultados: 1.° Los actos verificados con propósito deliberado por el deudor á fin de rehuir sus compromisos: este es el *dolus* en materia de obligaciones, que se opone á la *culpa* y al *casus*; 2.° El error cometido á propósito y que determina una manifestacion de voluntad. De su aplicacion es de lo único que paso á ocuparme.

En esta aplicacion especial *dolus* significa torcimiento de la verdad y es sinónimo de *fraus* (*k*). Ahora hay que añadir

---

(*g*) Contra los herederos de una manera absoluta; contra los sucesores á título singular con restricciones. Todo esto corresponde á los pormenores del asunto.

(*h*) Nótase principalmente en los casos numerosos en que en la esfera del derecho privado la infamia es la consecuencia del *dolus* (§ 77).

(*i*) Tales son, por ejemplo, muchos casos de la *doli exceptio* en que la injusticia reside sólo en la contumacia de la persecucion judicial, en tanto que el demandante no incurre en ninguna falta respecto á sus actos primitivos. L. 2, § 5, de doli exc. (XLIV, 4): «petendo facit dolose.» L. 36, de V. O. (XLV, I): «hoc ipso dolo facit quod petit.»

(*k*) L. 1, § 2, de dolo (IV, 2); L. 7, § 9, 10, de pactis (II, 14); L. 43, § 2, de contr. emt. (XVIII, I).

á la anterior la intencion maliciosa, es decir, todo acto hecho con el fin de perjudicar, independientemente del beneficio que al autor pueda reportarle el hecho (*l*). Los jurisconsultos romanos expresan esta idea por la frase *malus* (*dolus malus*), opuesta á un *dolus bonus* permitido en el caso en que la necesidad de la defensa personal legitime áun la violencia y en donde, desde entonces, no eran dudosas las relaciones de derecho (*m*).

El fraude resulta ordinariamente de un acto positivo; sin embargo, se concibe bien que puede resultar de un acto puramente negativo, lo cual sucede cuando se ve sin decir nada un error que no se ha provocado. Pero es necesario suponer que la naturaleza del contrato nos autoriza á contar con la sinceridad del que con nosotros contrae un vínculo jurídico cualquiera, de suerte que el silencio sea inseparable de toda manifestacion (*n*).

La violencia y el fraude, de las cuales examinamos aquí sus analogías y diferencias relativamente á la validez de las manifestaciones de la voluntad, encuentran de otra parte aplicaciones importantes y numerosas: por ejemplo, la relacion antiquísima de *vi*, *clam*, *precario*, en materia de posesion (*o*), sobre todo en las obligaciones resultado de un delito; las cuales descansan en gran parte sobre estos principios, no pudiendo ser comprendidas si no se tiene clara idea de los principios mismos. Sin duda que en las últimas aplicaciones surge con más frecuencia la cuestion de la violencia absoluta que en la de la violencia respectiva; pero ambas formas no difieren en cuanto á su carácter de inmoralidad y al peligro con el cual amenazan la esfera jurídica. Si en la investigacion presente he prescindido de la violencia absoluta (§ 114), no es

---

(*l*) L. 38, 40, de dolo (IV, 3).

(*m*) L. I, § 2, 3, de dolo (IV, 3): «sicuti faciunt qui... tuentur vel sua vel aliena...» «maxime, si adversus hostem, latronennse quis machinetur.»

(*n*) L. 43, § 2; L: 35. § 8, de contr. em. (XVIII, 1); L. II, § 5, de act. em. (XIX, 1).

(*o*) En efecto, *clam* y *precario* no son sino dos formas diferentes del *dolus* respecto á la pérdida de la posesion.

que fuese de una naturaleza esencialmente distinta, sino porque no podria ser nunca el motivo determinante de una manifestacion de la voluntad, único objeto de nuestra investigacion. Hay, sin embargo, una diferencia entre ambas especies de violencia; la absoluta implica casi siempre una violacion del derecho que la violencia viene solo á agravar, en tanto que la compulsiva no constituye una violacion del derecho sino en virtud de la regla positiva.

§ CXVI.—III. *Manifestaciones de la voluntad.—Condicion. Definicion.*

La manifestacion de la voluntad toma un carácter especial desde que por sí misma llega á limitarse esta misma: se verifica esto por la union de la condicion, del término y del *modus* (§ 114). Las fuentes generales relativas á estas restricciones de la manifestacion de la voluntad se encuentran en los títulos siguientes:

Dig. XXVIII, 7: XXXV, I.

Cod. VI, 25,45, 46: VIII, 55.

Autores:

Balduinus, de Conditionibus (Heinecii Jurisp. Rom. et Alt. tom. I).

Donellus, VIII, 30-34 (leyes); XV, 8-12 (contratos).

Dichas restricciones tienen su aplicacion más importante en los contratos y en los testamentos: unos y otros ofrecen caractéres especiales (*a*). Expondré aquí solamente los

---

(*a*) Para mayor precision y claridad empleo aquí la palabra *testamento* en el sentido de acto de última voluntad en general, lo que una vez hecho, comprende siempre el codicilo. Por lo demás, para los actos de última voluntad la aplicacion de las condiciones es mucho más frecuente y variada que para los contratos; tampoco los antiguos jurisconsultos se han ocupado más que de esto. En vez de la expresion abstracta de *actos entre vivos*, empleo la concreta de *contratos*, cuya sustitucion tiene ménos necesidad de ser justificada. En efecto, las condiciones se emplean dificilmente en materia de cuasi-contratos; y en cuanto á las promesas independientemente de su rareza y poca importancia son más bien, bajo esta relacion asimiladas á las leyes. L. 13, § I, de polle. (L. 12). Sell. Versuche. t., 107. 110.

que son necesarios para la inteligencia completa de la naturaleza general de tales restricciones.

Se llama condicion (*conditio*) la restriccion que une arbitrariamente la existencia de una relacion de derecho á un acontecimiento futuro é incierto. Sus caractéres esenciales resultan principalmente en los casos en que llegan á faltar y en donde, desde entonces, hay una condicion aparente, pero no real (*b*).

Así no hay condicion si el acontecimiento no es incierto, es decir, si ha de verificarse ó no (condicion necesaria ó imposible) infaliblemente. Más adelante hablaré de estos diferentes casos, cuando examine los efectos de las condiciones (*c*).

Del mismo modo tampoco hay condicion verdadera si la cláusula así calificada resultaba implícitamente de la relacion jurídica, y no expresaba una manifestacion de voluntad arbitraria. Llamamos á estas *conditiones tacite* ó *quœ insunt, tacite in sunt, extrinsecus veniunt* (*d*). Ejemplos: Institucion de heredero bajo condicion de que el heredero instituido sobrevivirá al testador; institucion de un *extraneus* bajo condicion de que aceptará; legado bajo condicion de que el instituido heredero aceptará la sucesion; legado de frutos de un dominio si está en productos; legado bajo una sola y misma condicion que la institucion de heredero, porque la condicion no cumplida anula la institucion de heredero, y como consecuencia el testamento y el legado; finalmente, promesa

---

(*b*) El resultado inmediato es ordinariamente el mismo, sea que se considere la condicion como aparente ó como real, pero cumplida. Algunas veces, sin embargo, la distincion tiene poca importancia, notablemente en los casos en que las condiciones están en general prohibidas. Esta semejanza de resultado nos explica por qué las fuentes del derecho hablan en algunas ocasiones de la condicion aparente, como si fuera de una condicion real, pero cumplida. Análogas expresiones se encuentran en muchos de los textos citados en la nota *o*.

(*c*) Véase § 121-125.

(*d*) L. I, § 3. de cond. (XXXV, II; L. 99, eod; L. 25, § I, quando dies. (XXXVI, 2); L. 68, de j. dot. (XXiII, 3). Se puede definir este caso diciendo que la *conditio juris* es á la vez *conditio facti* (L. 21, de cond. XXXV, I).—Véase sobre este asunto á Donellius, III, 32, § 2-4.

de una dote bajo la condicion de verificar el matrimonio.— En general, parecidas condiciones no son sino una repeticion innecesaria de lo que habria tenido lugar naturalmente; son inútiles y carecen de toda clase de efectos (*e*). De ordinario no hay sobre esto duda alguna. El principio no tiene importancia sino para los legados, á fin de determinar la época á la que el legatario debe sobrevivir para trasmitir á sus herederos el legado (*dies legati cedit*). Ordinariamente dicha época es la muerte del testador; si se trata de un legado condicional el cumplimiento de la condicion (*f*). Además, las condiciones antes enumeradas, no siéndolo verdaderamente, no hacen condicional el legado y es adquirido irrevocablemente á la muerte del testador (*g*). No habia, pues, aquí más que una aplicacion particular de la regla general, pero que importaba consignar como pudiendo ser fácilmente desconocida ú olvidada.

No sucede lo mismo con las manifestaciones de la voluntad á las cuales el derecho positivo prohibe añadir ninguna condicion. Parecidas condiciones no quedan entonces sin efecto; por el contrario, anulan la manifestacion por completo, y aquí recibe aplicacion la regla del derecho positivo: *Expressa nocent, non expressa non nocent* (*h*). Ejemplos: el pa-

---

(*e*) «Frustra adduntur.» L. 12. de cond. inst. (XXVIII. 7), L. 47. de cond. (XXXV, I).

(*f*) L. I, § 1-8, C. de caducis toll. (VI, 51).

(*g*) L. 99-106, de cond. (XXXV, I); L. 21, § I; L. 22, § I; L, 25, § I, quando die (XXXVI, 2).—No sucede así, por ejemplo, en un legado hecho bajo esta condicion: *si volet legatarius*, porque se exige una manifestacion de voluntad y esto no se implica ello solo, pues los legados se adquieren sin el hecho del legatario L. 65, § I, de leg. I. (XXX, I); L. 69, de cond. (XXXV, I). La condicion impuesta es por tanto real y tiene eficacia. Pero otra cláusula, semejante en apariencia, añadida á un fideicomiso, á saber: «cum ipsi petiissent sine ulla juris cavillatione,» no constituye una condicion verdadera; no hace sino confirmar la obligacion de restituir, de otra parte, cierta y absoluta. L. 86, de cond. (XXXV. I). Véase § 117, *b*.

(*h*) L. 195. de R. J. (C. 68, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 47, in f. de cond. (XXXV, I).

dre es libre para instituir heredero á su hijo ó desheredarlo, pero la desheredacion no debe ser hecha incondicionalmente (i); si, pues, el padre deshereda á su hijo bajo la condicion de que el sólo instituido heredero aceptará la sucesion, la cláusula es en realidad supérflua, porque la falta de aceptacion entrañaba la nulidad del testamento; sin embargo, la desheredacion no es válida (k). En el caso de una estipulacion condicional, la aceptacion no puede producir naturalmente el efecto que produciria cumplida la condicion, porque sin esto no habia deuda (l); pero la aceptilacion misma no debe ser limitada por ninguna condicion (m). Si, pues, la aceptilacion repite la condicion puesta á la estipulacion, no pasa de ser una repeticien inútil de lo que por sí mismo tendrá efecto; sin embargo, la aceptilacion así concebida es absolutamente nula (n). Esta última decision es, sin duda, muy sutil y sacrifica evidentemente el fondo á la forma: en derecho moderno es inaplicable á los contratos, pues que la aceptilacion romana no existe; y, en materia de desheredacion, su práctica promueve dificultades cuya discusion no halla lugar aquí.

No hay condicion verdadera desde el momento en que, segun los términos de la cláusula, el acontecimiento se refiere no al porvenir, sino al tiempo pasado ó al presente (in præteritum vel præsens *collata*, *relata*, *concepta conditio*), por ejemplo, si Titius era cónsul el año último ó si Titius es actualmente cónsul. Una cláusula análoga tiene precisamente los mismos efectos que una condicion verdadera, y la suerte de la transacion depende de la existencia ó de la no existencia del hecho exigido como condicion. Sin embargo, efectivamente no hay condicion, pues que la incertidumbre no existe sino en el ánimo del autor de la cláusula: en realidad todo

---

(i) L. 3, § I, de lib. et posth. (XXVIjl, 2). En efecto, si la condicion llega á faltar el hijo se encuentra preterido.

(k) L. 68, de her inst. (XXVIII, 5).

(l) L. 12, de acceptil. (XLVI, 4).

(m) L. 4, de acceptil. (XLVI, 4).

(n) L. 77, de R. J. (L. 17).

está decidido, resultando así sólo de las expresiones aplicadas á esta clase de cláusulas (*o*).

En la práctica, la distincion entre la condicion aparente y la verdadera es de mucho interes bajo dos aspectos. La condicion aparente no vicia los actos, aunque toda condicion está prohibida (*p*); y, además, cuando se le une á una institucion de heredero ó á un legado y llega á faltar, cabria la duda de asimilarla á una condicion imposible y considerarla como no escrita; pero tal consecuencia no podria ser admitida, precisamente, porque no es una condicion verdadera (§ 121, *p*).

Debe distinguirse del caso precedente aquel en que el acontecimiento representado como futuro en el momento en que el hecho sucede é independiente de su autor se ha cumplido ya ó debió cumplirse. Aquí el autor del hecho tenia ante sí una condicion verdadera. Si, pues, el acontecimiento se ha verificado ya, el acto en que las condiciones están prohibidas no es menos nulo; si el acontecimiento ha hecho falta y se trata de una disposicion testamentaria la condicion se asimila á la imposible y se reputa como no escrita (§ 121).

§ CXVII.—III.—*Manifestaciones de la voluntad. Condiciones. Sus diferentes especies.*

Se trata ahora de examinar los diferentes aspectos bajo los cuales puede ser estimada la idea general de la condicion, es decir, las diversas especies que como género admite.

A. Si se considera la forma lógica, la condicion puede tener por objeto la existencia ó la no existencia de un hecho (condicion positiva ó negativa).

(*o*) L. 16, de injust. (XXVIII, 3); L. 3, § 13, de bonis lib. (XXXVIII, 2); L. 10, § I, de cond. inst. (XXVIII, 7) (para los testamentos). § 6. J. de verb. oblig. (III, 15): L. 37, 38, 39, de reb. cred. (XII, I); L. 109, 120, de verb. oblig. (XLV, I), (para los contratos).

(*p*) Cuando, pues, un padre instituye heredero á un *suus* bajo esta condicion, si Titius es en la actualidad cónsul, y, en efecto, lo era, la institucion es válida, bien que aparezca hecha bajo una condicion no potestativa. Pero si no es cónsul, hay preterición del hijo, lo cual entrañaba la nulidad del testamento.

B. El hecho designado como condicion puede depender de la voluntad humana ó de un acontecimiento natural. Si se compara este contraste al anterior se puede decir que todas las condiciones consisten en un acto ó en una omision, y en la existencia ó no existencia de un acontecimiento fortuito independiente de la voluntad humana: esta distincion es efectivamente reconocida por los jurisconsultos romanos. Pero como ellos tenian la costumbre de dividir los actos libres en dos clases, *dare* et *facere*, por consecuencia de la subdivision admitian tres especies de condiciones (*a*).

Sin embargo, las condiciones fundadas en los actos libres, exigen ser examinadas más de cerca, porque su cumplimiento puede depender de la voluntad del que resulta ventajoso del acto ó del que es obligado, bien que bajo otro aspecto pueda quedar beneficioso ó, finalmente, de la voluntad de un tercero.

I). Si el cumplimiento depende de la voluntad del que exclusivamente obtenia ventajas del acto, por ejemplo, el estipulante, el heredero instituido ó legatario, la condicion nunca se convierte en una causa de nulidad; pero algunas veces es supérflua é inútil si la condicion impuesta es una simple manifestacion de voluntad (*si velit*), ó bien si es evidente que el derecho no puede ser adquirido ó ejercido sin una manifestacion de la voluntad. Así, la institucion de heredero de un *extraneus*, hecha bajo la condicion de *si velit*, no es en realidad una institucion condicional (§ 116). Otro tanto se hace necesario decir de la estipulacion con la cláusula *cum petiero*, porque desde luego se comprende que dependia del estipulante hacer valer ó abandonar su derecho (*b*).

(*a*) L. 60, pr. de cond. (XXXV, I). «In facto consistentes conditiones varietatem habent, et quasi tripartitam recipiunt divisionem, ut quid detur, ut quid fiat, ut quid obtingat; vel retro ne detur, ne fiat, ne obtingat: ex his dandi faciendique conditiones in personas collocantur aut ipsorum, quibus quid relinquitur, aut aliorum; tertia species in eventu ponetur.»

(*b*) L. 48, de verb. oblig, (XLVI). Literalmente es un *dies* que vista su incertidumbre se cambia en una condicion (§ 125). Pero aquí el acreedor no quiere imponer una obligacion condicional, deseando por

No acontece lo propio con los derechos que por su naturaleza se adquieren sin manifestacion de voluntad, y cuya adquisicion se encuentra desde luego modificada por la condicion *si velit*; tal es la adquisicion de los legados (§ 116, *g*), y la de las sucesiones cuando el heredero instituido es un heredero necesario, por ejemplo, un *suus* (c).

Ahora bien, sucede de otro modo, y esto sin consideracion á la naturaleza de los derechos ó á la manera por la cual ellos se adquieren, si la condicion impuesta no es simplemente la voluntad misma (*si velit*), sino un acto exterior cualquiera, por ejemplo, *si Capitolium ascenderit*. En efecto, aun cuando un acto semejante parece puramente voluntario y de todo punto indiferente, y desde este momento pueda considerársele como la repeticion en otros términos de la condicion *si velit*; sin embargo, se concibe que un interés real pueda siempre existir, porque él constituye una condicion verdadera y tiene todos sus efectos (*d*).

Por lo que toca á esta clase de condiciones que descansa únicamente en la voluntad de la persona favorecida, se emplea en materia de legados la expresion *potestativœ*; y así, en cuanto á esta aplicacion especial, las condiciones se dividen en *casuales*, *potestivœ*, *mixtœ* (*e*). La determinacion de las potestativas toma una gran importancia cuando se trata de la institucion de heredero de un *suus filius*, que no puede

---

este cláusula asegurarse de una prestacion inmediata á su primera excitacion. Si la obligacion estaba subordinada á un acto personal del acreedor se extinguia por su muerte, que es lo que no tiene lugar aquí. V. § 116, *g*.

(*c*) L. 86, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 12, de cond. inst. (XXVIII, 7).

(*d*) En materia de testamentos, el heredero ó el legatario tienen ya el interés de demostrar, en cumplimiento de la condicion, su obediencia á la voluntad del testador.

(*e*) L. un, § 7, C. de caducis toll. (VI, 51). Todos los otros textos dicen *conditio quœ est in potestate ipsius*. Independientemente de las fuentes del derecho, la palabra *potestativus* no se encuentra segun parece sino en un solo pasaje de Tertuliano.—El Código civil francés adopta tambien esta fraseología, pero le da otra significacion, artículos 1169-1171.

hacerse sino bajo una condicion puramente potestativa (*f*). Aquí añado que para apreciar la naturaleza de la condicion potestativa era necesario tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso (*g*).

2) Si el cumplimiento de la condicion depende de un acto libre del que parecia obligado en el acto, sea que le confiriera ó no derecho.

Si la condicion es simplemente un acto de voluntad (*si velit*), excluye en absoluto la existencia de una relacion de derecho: en materia de obligaciones unilaterales cuando en una estipulacion el deudor hace una promesa bajo esta condicion (*h*). Del mismo modo, en un contrato de venta el comprador ó el vendedor se reserva esta facultad ilimitada, porque él no se encuentre comprometido, y siendo el contrato sinalagmático no podria ser obligada la otra parte (*i*).

(*f*) L. 4. pr. de her. inst. (XXVIII, 5), L. 3. C. de inst. et subst. (VI. 25).

(*g*) L. 4, § 1; L. 5, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 28, de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 4, C. de inst. et subst. (VI. 35).—Segun estos textos se ve que la condicion deja de ser potestativa si su cumplimiento presenta una dificultad grave ó un peligro; tales son los principios aplicados en la L. 137, § 3, de V. O. (XLV, 1). Todo se reduce, pues, á la cuestion de saber si la energia de un hombre de buena voluntad bastaba para cumplir la condicion. Toda condicion negativa es absolutamente potestativa, porque ningun poder humano es capaz de hacer cambiar á un hombre de resolucion. Por el contrario, el acto positivo más fácil, por ejemplo, si *Capitolium ascenderit*, puede hacerse imposible en virtud de una voluntad extraña, si v. g. el heredero así instituido es hecho prisionero.

(*h*) L. 17; L. 46. § 3; L. 108. § 1, de verb. oblig. (XLV, 1); L. 7, pr, de contr. emt. (XVIII, I).—El Código prusiano, Th. I, tit. 4, § 108, ha adoptado este principio. El Código civil francés (art. 1174) le da por su redaccion una extension mucho mayor, porque toda pena convencional se encontraria así prohibida.

(*i*) L. 7, pr. de contr. emt. (XVIII, 1); L. 13, C. eod. (IV, 38).—No hay sino una excepcion á esta regla, la venta *ad gustum*, en donde dejada al comprador la estimacion de la cualidad resultaba que la venta dependia solo de su voluntad. L. 34, § 5, de contr. emt. (XVIII, I) § 4, J. de emtione (III, 23).

Lo propio debe decirse de un legado hecho bajo la condicion de que el heredero quiera buenamente aceptarlo (*k*).

De otro modo sucede cuando la condicion consiste en un acto externo del obligado, aunque el acto sea puramente voluntario: sobre este principio es sobre él que descansa la validez de las cláusulas penales, nunca puesta en duda. El antiguo derecho prohibia, es cierto, el *legatum pœnæ nomine* (*l*), y Justiniano fué el primero que borró esta prohibicion (*m*); pero ella no procedia de la naturaleza general de la condicion impuesta. Juzgábase que no convenia al testador aparentar la liberalidad que forma la esencia del legado cuando su intencion era influir sobre la voluntad del heredero con la amenaza de una pérdida pecuniaria (*n*). Además, para que existiese el *legatum pœnæ nomine* no bastaba que la condicion dependiese únicamente de la voluntad del heredero; se tomaban en consideracion las intenciones del testador (*o*), y si se llegaba á reconocer que su fin principal no habia sido amenazar al heredero, la condicion dependiente de la voluntad de éste era válida áun en el antiguo derecho (*p*).

3) Finalmente, si el cumplimiento de la condicion descan-

(*k*) L. 43, § 2, de leg: I, (XXX, un.): «*Legatum in* aliena *voluntate poni* potest, in *heredis non potest*.» (Véase, sin embargo, más abajo, nota *t*). L. 2, § 7, de leg. 3 (XXXII, un.).—Si el testador empleaba palabras más vagas, tales como: *si æstimaverit*, *si justum putaverit*, se les consideraba no como una condicion, sino como una fórmula ceremoniosa respecto al heredero, y el legado era válido. L. 25, pr. de leg. I. (XXX, un.); L. 2, § 7, de leg. 3 (XXXII, un.). Todavía se tenia mayor latitud para un fideicomiso, L. 46, pr. § 3, 4, de fideic. lib. (XL, 5) aun que en este texto no hay toda la precision que fuera de desear.

(*l*) Gayo, lib. 2, § 235; Ulpiano, XXIV, 17; XXV, 13.

(*m*) L. un. C. de his quæ pænæ (VI, 41), § 35, 36, J. de legatis (II, 20).

(*n*) Gœschen, Observ. jur. Rom. Berolini, 1811, 8, p. 52-59.

(*o*) L. 2, de his quæ pœnæ (XXXIV, 6): «Pœnam a conditione «*voluntas testatoris separat*, et an pæna, an conditio..... sit *ex voluntate defuncti apparet*.»

(*p*) L. 3, de leg, 2 (XXVI, un.), en donde no hay lugar á suponer una interpelacion, de lo cual no ofrece indicio alguno.

sa en el acto libre de un tercero es necesario distinguir entre los contratos y los testamentos.

Hacer depender la existencia de un contrato del consentimiento de un tercero, es cosa sin duda permitida; porque éste puede tener un interés en impedir el contrato, que ambas partes se pongan de acuerdo para respetar.

No acontece lo propio en materia de institucion de heredero y de legados, porque el testador dicta en cierto modo una ley (*q*); debe estar personalmente convencido de los méritos de aquellos á quienes llama á sucederle y no referirse al juicio de otra persona. Tambien la institucion de heredero y el legado son nulos si dependen únicamente de la voluntad de un tercero (*r*); respecto á los fideicomisos este motivo tomado de la posicion del testador no existe, siendo la razon de por qué se les puede subordinar á la voluntad de un tercero (*s*). Pero si la condicion consiste en un acto material de este tercero, entonces la institucion de heredero, el legado y la condicion misma son igualmente válidos (*t*).

Si reasumimos cuanto acabo de decir, se ve que en la ma-

(*q*) Ulpiano, XXI y XXIV, I.

(*r*) L. 68, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 52, de cond. (XXXV, 1). Muchos piensan que esta ley ha sido abolida por el derecho canónico, C. 13, X de test. (III, 26). Es un error que Böhmer ha refutado sábiamente en su nota sobre este texto. V. Sell, Versuche, II, 290,

(*s*) L. 46, § 2 de fil. lib. (XL, 5). Se habria debido, para ser consecuente, conceder la misma libertad á la institucion de heredero, como lo hace la ley 15, C. de test. (VI, 23); pero resulta lo contrario de los textos insertos en el Digesto (nota *r*). En cuanto á los legados la liberalidad subsiste, porque no hay ninguna diferencia entre ellos y los fideicomisos.

(*t*) L. 68, de her. inst. (XXVIII, 3); L. 52, de cond. (XXXV, 1). Esta disposicion está sustancialmente reproducida en la ley I, pr. de leg. (XXXI, un.), que solo observa cuán fácil es al testador eludir por esta forma indirecta la prohibicion de la ley. Pero era inevitable sucediera así á menos de limitar la libertad del testador porque no hay ningun medio cierto para reconocer si el acto de un tercero impuesto como condicion, lo ha sido en vista de un interés real y positivo ó para eludir el precepto contenido en la ley:

yor parte de los casos la condicion dependiente de la voluntad simple, sea del acredor, sea de un tercero, no produce efecto alguno ó anula el acto por completo. Mas frecuentemente, por el contrario, la condicion es válida y eficaz si consiste en un acto material, bien que éste pueda ser enteramente voluntario y sólo esté destinado á eludir el rigor del principio (nota *t*). Aquí, pues, se reproduce, pero con distinto sentido, el principio ya enunciado (§ 116): *expressa nocent, non expressa non nocent* (*u*).

C. La distincion más importante se refiere á la naturaleza de los efectos que las condiciones deben tener sobre las relaciones jurídicas, la distincion entre las condiciones suspensivas y resolutivas, de las cuales hablaré más adelante (§ 120).

§ CXVIII.—*Manifestaciones de la voluntad.—Condicion.—Cumplimiento regular.*

Cuando se investiga el sentido de una condicion, es decir, la manera como se le debe dar cumplimiento, es preciso, en general, consultar más la intencion del que la ha impuesto que los términos de los cuales se ha servido para formularla (*a*).

(*u*) L. 52, de cond. (XXXV, I); L. 195, de R. I. (L. 17) (que está tomada del texto anterior); L. 68, de her. inst. (XXVIII, 5).—En materia de testamentos hay aquí uniformidad; porque excepto la antigua prohibicion de los *legata prœnœ nomine*, poco importa que el acto libre impuesto como condicion dependa del llamado, del obligado, ó de un tercero. En los tres casos la simple voluntad expresada como condicion no produce efecto, ó anula incluso la voluntad testamentaria misma. Si, por el contrario, se trata de un acto libre, material, la condicion tiene su eficacia. La asimilacion que establezco entre los tres casos parece estar en oposicion con la ley 43, § 2, de leg. I (XXX, un.), véase nota *k*. Esta oposicion aparente procede, sin duda, de la falta de una parte del texto original, motivada por el cambio de derecho sobre los *legata pœnœ nomine*.

(*a*) L. 19, pr. de cond. (XXXV, 1); L. 101, pr. cod. «... cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat...» Lo que he dicho de los testamentos se aplica ciertamente á los contratos, excepto á la estipulacion, que ha desaparecido de nuestro derecho.

Si se trata de una condicion positiva (§ 517, A), los hechos pueden ser de diferente naturaleza. Si es de naturaleza tal que se repita rara y dificilmente, basta que se verifique una vez, y así, en materia de testamentos, aun viviendo el testador; por ejemplo: «si mi heredero se casa,» «si es nombrado cónsul.» Pero si el hecho se habia ya cumplido antes del testamento y de ello tuvo conocimiento, se exige que se renueve. Si se trata de un hecho susceptible de repeticion frecuente y arbitraria, por ejemplo, del pago de una cantidad determinada (*conditio promiscua*), debe ser repetido despues de la muerte del testador como prueba de obediencia, aún cuando, por una circunstancia casual, ya se hubiera realizado una vez (*b*).

En materia de contratos es indiferente que el cumplimiento de la condicion tenga lugar antes ó despues de la muerte del acreedor, de suerte que el derecho condicional pasa siempre á sus herederos (*c*). No acontece lo propio en materia de testamento en razon de la naturaleza esencialmente personal de esta clase de sucesion. Así, el heredero ó legatario deben ejecutar por sí mismos la condicion para que ella produzca sus efectos (*d*).

Las condiciones negativas (§ 117, A) pueden verificarse de diferentes maneras.

Desde luego, si la condicion se limita á un tiempo determinado, tan pronto como dicho tiempo haya transcurrido sin que el hecho se realice.

Más tarde, cuando el hecho llega á ser imposible, por

(*b*) L. II, pr., § 1, de cond. (XXXV, 1); L. 45, § 2, de leg. 2 (XXXI, un.); L. 7, C. de inst. et subst. (VI, 25).

(*c*) § 4, J. de verb. oblig. (III, 15).

(*d*) L. I, § 1, de cond. (XXXV, 1); L. un., § 7, C. de caducis toll. (VI, 51). Hé aquí por qué es tan importante distinguir las condiciones verdaderas de las aparentes (§ 116). Hay tambien un texto que rehusa al legatario bajo condicion el título de *creditor*, mientras que lo concede al que estipula condicionalmente (L. 42, pr. de O. et A, XLIV, 7); sin embargo, este último no puede ser llamado acreedor sino bajo cierto concepto.

ejemplo, despues de la muerte del esclavo, cuya no manumision constituía la condicion de un derecho.

Finalmente, cuando la persona favorecida muere sin haber verificado el acto que se le habia prohibido (*e*). La *Muciana cautio* fué introducida en favor de los herederos ó legatarios instituidos bajo una condicion negativa; entraban inmediatamente en el goce de sus derechos y la caucion garantizaba la restitucion de las cosas recibidas, caso de que la condicion no se realizara (*f*).

§ CXIX.—III. *Manifestaciones de la voluntad.—Condicion.—Cumplimiento ficticio* (*a*).

Existen tres casos en los cuales la condicion se reputa como cumplida en virtud de la ficcion, aun cuando no se haya realizado. La ficcion se funda en la regla ya enunciada (§ 118, *a*), de que las condiciones deben recibir una interpretacion ámplia y equitativa. Los dos primeros casos en que sucede así se presentan en las fuentes como derivados de los principios generales del derecho, aplicándose á los contratos y á los testamentos, pero más frecuentemente á los últimos. En el tercer caso, por el contrario, la ficcion se nos ofrece como una regla propiamente positiva, introducida en favor de las manumisiones y no se aplicaba sino á los testamentos.

Con este órden y encadenamiento es como conviene examinar las diferentes reglas que aquí surgen; exigencia que ha sido frecuentemente olvidada por los autores modernos.

A. La condicion se reputa cumplida cuando aquel á quien aprovecha la renuncia voluntariamente, lo cual puede expresarse de este modo: «quotiens per eum, *cujus interest condi-*

(*e*) Así, pues, en general, la condicion negativa producia el mismo efecto que si se hubiera dicho: en la época de la muerte. § 4, J. de verb. oblig. (III, 15); L. 73, de cond. (XXXV, 1). Véase L. 103, de cond. (XXXV, 1); L. 61, pr. de manum. test. (XL, 4).

(*f*) L. 7; L. 73, de cond. (XXXV, 1).

(*a*) Véase Donellus, VIII, 34.

tionem impleri, fit quo minus impleatur (*b*).» Esta regla pertenece al *jus commune*, siendo su razon evidentemente que el fin se ha alcanzado, sea que el acto objeto de la condicion haya sido en realidad ejecutado, sea que la única persona interesada renuncie y la declare supérflua. Nótase principalmente el caso cuando la condicion consiste en el pago de una suma de dinero, porque si se atienen á la formalidad del acto nada impide que el que ha recibido la suma la devuelva inmediatamente. Independiente del caso anterior, que no es dudoso, la regla se aplica tambien á la condicion de contraer matrimonio con una persona determinada si ésta rehusa (*c*); á la condicion de una arrogacion, si el que debe ser arrogado no consiente (*d*); á la de levantar un monumento público, si las autoridades competentes niegan su autorizacion (*e*).

En esta ficcion se supone que se trata de una *mixta conditio* (§ 117, *e*), cuyo cumplimiento no se realiza por la oposicion de una persona determinada, no por una circunstancia accidental (*f*). Admitida tal suposicion la regla es aplicable á los contratos como á los testamentos, y si las fuentes no hacen mencion sino de lo referente á testamentos, esto nada significa. Puede atribuirse, se dice, á que para los contratos la ficcion, encontrándose casi siempre concurriendo

---

(*b*) L. 5, § 5, quando dies (XXXVI, 2); L. 78, pr. de cond. (XXXV, I); L. 14, 13, cod.; L. 23, de cond. inst. (XXVIII, 7); L. II, cod.; L. 34, § 4, de leg. (XXXI, un.); L. I, C. de his quæ sub modo (VI, 45); Ulpiano II, § 6: «... si is, cui jussus est dare... *nollet accipere*.»—El Código prusiano, Th. I, tit. 4, § 112, 113, ordena precisamente lo contrario.

(*c*) L. 23, de cond. inst. (XXXVIII, 7); L. 31, de cond. (XXXV, I); L. I, C. de his quæ sub modo (VI, 45).

(*d*) L. II, de cond. inst. (XXVIII, 7).

(*e*) L. 14, de cond. (XXXV. I).

(*f*) Si, pues, la condicion de contraer matrimonio con una mujer determinada llega á faltar porque la mujer rehusa el matrimonio, la condicion se reputa cumplida; si, por el contrario, la muerte de la mujer hace imposible el matrimonio, no hay lugar á la ficcion legal y el legado caduca. Lo mismo acontece en otros casos análogos. L. 31; L. 94, pr. de cond. (XXXV, I), L. 23, § 2, ad L. Aquil. (IX, 2): L. 72, § 7, de cond. (XXXV, I); L. 4, C. de cond. (VI, 46).

con la primera, desaparecia el carácter particular que tuviera la segunda.

B. La condicion se reputa cumplida cuando su falta de cumplimiento proviene de aquel á quien aprovecha. En las fuentes la regla se expresa así: «Juri civili receptum est, quotiens per eum, *cujus interest conditionem non impleri*, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset (*g*).»

Dicha regla es tambien considerada como natural; se funda sobre el dolo del que en su interés destruye el carácter de incertidumbre y fortuito atribuido á la condicion por la manifestacion de la voluntad (*h*).

(*g*) L. 161, de R. J. (L. 17); L. 24, de cond. (XXXV, I); L. 85, § 7 de verb. oblig. (XLV, I); L. 50, de contr. emt. (XVIII, I).—L. 5, § 5, quando dies (XXXVI, 2); L. 66, 81, 110, de cond. (XXXV, I); L. 3; L. 4; § 4; L. 20; L. 23, § I; L. 34, § I, de statulib. (XL, 7); L. 3, § 9, de cond. causa data (XII, 4).—Ulpiano, II, § 5; Festo V. Statuliberi.—Los dos primeros textos citados son casi totalmente iguales: en el primero la redaccion «*non* impleri» no es dudosa; en el segundo (L. 24, de cond.), muchos manuscritos dicen: «*non impleri*,» otros, tales como el de Florencia, «impleri» sin el *non*. Segun esta redaccion, el texto se referiria no á la segunda, sino á la primera ficcion y asentaria una regla distinta; pero tambien verdadera y cierta en su totalidad. Sin embargo, la lectura «*non* impleri» está justificada desde luego por la concordancia literal de ambos textos, y, además, por el ejemplo citado del *promissor* que impide el cumplimiento de la condicion. En efecto, este ejemplo cabe en la segunda ficcion (el *non* impleri), porque en general la falta de cumplimiento de la condicion aprovecha al *promissor*, quien no se hace deudor; en tanto que su cumplimiento le aprovecharia en un sólo caso, aquel en que la condicion fuera una prestacion en su favor. La misma regla se halla en el Código civil francés (art. 1178), y en el Código prusiano; pero con restricciones. Th. I, tit. 4, § 104-107.

(*h*) La intencion fraudulenta es en este punto la circunstancia decisiva. L. 38 de statulib. (XL, 7). «Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statu libero pro expleta conditione cedit: «sed id dumtaxat, *quod impediendæ libertatis (causa) factum est*.» La palabra *causa* falta en el manuscrito de Florencia; pero se encuentra en todos los demás y la construccion la exige imperiosamente. En muchos casos en donde no es cuestionable semejante *dolus*, la condicion no se reputa cumplida. Así, el que bajo una pena convencional promete

La ficcion se aplica á la condicion que depende de un acto libre y á la *casualis conditio*, porque se concibe que la voluntad humana pueda, en el caso presente, ejercer una accion contraria.

La persona que opone obstáculos al cumplimiento de la condicion es, frecuentemente, la misma (*i*), y á veces otra de la que se ha hablado con motivo del asunto relativo á la primera ficcion (*k*).

Se aplica ésta á los testamentos como á los contratos, y en su segunda aplicacion se reconoce expresamente en las fuentes (*l*).

C. La tercera ficcion presenta un carácter de todo punto distinto; no descansa sobre los principios generales del derecho, sino sobre el favor concedido á la libertad, y desde este instante nos aparece como una regla de derecho positivo, un *jus constitutum* ó *singulare* (§ 16, *q*). En efecto, si por un acto de última voluntad, directamente ó por fideicomiso, se manumite un esclavo bajo una *mixta conditio* que éste se ofrecia á ejecutar la condicion en lo que le concierne y ha preparado los medios de ejecucion si el cumplimiento de la condicion se hace imposible por una causa exterior, se reputa como cumplida y la libertad tiene lugar (*m*). Sucede esto, principalmente, si un

---

abstenerse de un acto y efectivamente lo cumple, impide por su sola voluntad el cumplimiento de la condicion; pero no incurre en la pena, porque su abstencion es precisamente el fin del contrato.

(*i*) Cuando, por ejemplo, un testador que ha manumitido un esclavo bajo la condicion de pagar á su heredero una suma determinada, éste rehusa recibirla. Si él quiere gratificar al esclavo, tenemos el caso de la primera ficcion; si lo que desea es impedir la manumision, el de la segunda.

(*k*) Cuando, por ejemplo, la condicion de la libertad es el pago por el esclavo de una suma determinada á un tercero. Si este último rehusa recibirla, tenemos el caso de la primera ficcion; si el heredero prohibe al esclavo que pague, el caso de la segunda. L. 3, § 2 de statulib. (XL, 7). V. L. 3, § 9, de cond. causa data (XII, 4).

(*l*) Véanse los cuatro primeros textos citados, nota *g*.

(*m*) L. 20, § 3, 4; L. 19; L. 3. pr. § 8, 10, 11; L. 4, § 2, 5; L. 28, pr. de statulib. (XL, 7); L. 55, pr. § 1, 2 de manum. test. (XL, 4); L. 94, pr.

esclavo está encargado de pagar una suma de dinero á una determinada persona y ésta muere antes de haberla recibido, pero cuando el esclavo la tenia ya á su disposicion (*n*). Aquí las fuentes demuestran que este favor especial se limitaba á la libertad y, precisamente, por oposicion á los legados. Si, pues, la libertad y un legado se dejan al mismo esclavo y bajo la misma *mixta conditio*, en la hipótesis precedente adquirirá la libertad el esclavo, pero no el legado (*o*).

El beneficio concedido á la libertad no se extendia más allá de los límites prescritos; así, pues, el esclavo no será libre si no ha preparado los medios de ejecucion, aun cuando no se le pudiera increpar por ninguna falta (*p*). Del mismo modo el favor no se estiende á la *casualis conditio*, porque no hay nada que el esclavo pueda estar dispuesto á ejecutar (*q*).

---

§ I, de cond. (XXXV, I).—Ulpiano II, § 6: «*si paratus sit dare*, et is cui jussus est dare... moriatur.» Ulpiano, § 5 y 6, enumera las tres ficciones (véanse las notas *b* y *g*), sin distinguirlas exactamente, lo que de otra parte, para el caso del *statuliber*, el único de que habla, no era necesario.

(*n*) Aquí tambien el favor fué extendiéndose sucesivamente. Desde luego era necesario que esta persona sobreviviese al testador; mas tarde se admitió la validez de la manumision, aun cuando hubiese muerto antes que el testador. L. 39, § 4. de statulib. (XL, 7). (Si la muerte de esta persona era anterior al testamento, entonces la condicion era imposible, y reputábase como no escrita V. § 121).

(*o*) L. 20, § 3, de statulib. (XL, 7).

(*p*) L. 3, § 5, 8; L. 4, § 6; L. 5, § 1, de statulib. (XL, 7). Se dió en su virtud una disposicion especial para el caso en que el dinero que llevaba le hubiera sido robado en el camino. Cuando esto sucedia se hacia inmediatamente libre, la condicion se cambiaba en *modus* y quedaba deudor de la suma. L. 7, C. de cond. insertis (VI, 47).

(*q*) L. 4, § 7, de statulib. (XL, 7); L. 96, pr. de cond. (VXXV, 1). Si se da como condicion casual el caso en que sea el obligado, sea un tercero, alcanzan una cierta edad y muere en el intervalo, se cambia la *conditio* por una interpretacion favorable en un *dies certus*, y el esclavo se hace libre el dia en que el difunto hubiera de haber llegado á la edad fijada. L. 16, de manum. test. (XL, 4); L. 19, de statulib. (XL, 7); L. 23, § 3; L. 41, § 10, de fideic. lib. (XL, 5); L. 10, C. eod. (VII, 4). Está regla no es aplicable á los legados: véase más abajo, § 125.

Esta última ficcion, considerada en sí misma, no tiene ningun interés para el derecho actual; pero es importante en cuanto que sirve para desvanecer numerosos errores introducidos en la materia por los autores modernos. Así, pretenden muchos que un obstáculo accidental que impide el cumplimiento de la condicion no daña si sobreviene antes de la muerte del testador; otros, que se produce el mismo efecto si la condicion es potestativa, pero que perjudica si es mixta. Todas estas opiniones se hallan desprovistas de fundamento y son contrarias á la naturaleza verdadera de la condicion, procediendo tales errores de haber extendido arbitrariamente á las instituciones y á los legados el favor especial concedido á las manumisiones desconociéndose los límites rigurosos fijados por las fuentes del derecho, aún en materia de manumision. En el fondo de ellas hay la idea más ó ménos clara de que para las condiciones potestativas y mixtas se tiene solo presente la buena voluntad y la inocencia del que debe obrar y que un obstáculo exterior, opuesto al cumplimiento de la condicion, no perjudica. Es esto cierto en los casos excepcionales de las tres ficciones de que acabo de ocuparme; pero no lo es en ningun otro, y seria absolutamente otro nuevo error exigir la excepcion en regla, fuera cualquiera la forma en que se diera.

Me resta hablar de algunas disposiciones particulares cuyo verdadero sentido y caráter ha sido mal apreciado y contribuido, por tanto, á confirmar dichos errores:

1) Si el testamento manda la ejecucion de una condicion antes de un dia determinado y el heredero ó legatario lo han dejado pasar, porque en virtud del Sc. Silanianum el testamento no habia sido todavia abierto, obtienen una restitucion contra esta caducidad (*r*). Tal caso entra en las restitu-

---

—Existe tambien una disposicion especial para el caso en que un esclavo ha sido instituido puramente y manumitido bajo una condicion que ha llegado á faltar; desde entonces se hace libre inmediatamente, pero no hereda sino cuando la sucesion es insolvente. L. 6, C. de necessariis (VI, 27).

(*r*) L. 3, § 31, de Sc. Silan. (XXIX, 5). V. Apéndice VIII, número XXIX, *f*.

ciones bastante numerosas, concedidas por causa de ignorancia. La posibilidad y la necesidad de esta restitucion prueban que, regularmente, la naturaleza de la condicion conducia á un resultado opuesto. Aquí, la ignorancia es una consecuencia forzosa de una disposicion legislativa y es, evidentemente, el motivo de la restitucion.

2) Si un testador deja alimentos ó una renta anual bajo la condicion de que el legatario permanecerá constantemente al lado de una determinada persona y esta muere, el legatario recibirá hasta su muerte las anualidades de su legado, bien que en adelante no pueda ya cumplir su encargo condicional (*s*). Esta decision se funda en una interpretacion favorable de tal especie de legado. Se supone que el testador ha sobreentendido: «tanto tiempo como esta persona viviera.» El caso se incluye en la interpretacion de los legados con circunstancias que exigian una inteligencia beneficiosa y equitativa. Así, pues, no tiene nada de comun con la naturaleza de las condiciones ni con su cumplimiento.

3) Si un legado se hace con la condicion de que el legatario contraiga matrimonio á voluntad de Ticio, y éste muere antes que el testador, el legado es válido, aún cuando la condicion no deba cumplirse. Esta condicion sería, ciertamente, nula como inmoral, aun cuando el mismo Ticio viviese; su muerte no puede producir, pues, aquí ningun cambio (*t*).

4) El legado bajo la condicion de jurar manumitir al esclavo Stico es válido, áun cuando la muerte de dicho esclavo haga imposible la manumision. Esta decision está fundada en que la condicion de obligarse con juramento á realizar un acto no se consideraba en general como tal condicion; el acto mismo se estima como *modus*, y su imposibilidad no puede oponer al legado ningun obstáculo para su validez (*u*).

(*s*) L. 20, pr. de annuis (XXXIII, 1); L. 20, § 3, de alim. (XXXIV, 1); L. 84, de cond. (XXX, 1); L. 1, C. de leg. (VI, 37).—Véase además la L. 18, § 2, de alim. (XXXIV, 1).

(*t*) L. 72, § 4; L. 28, pr. de cond. (XXXV, 1); L. 54, § 1, de leg. I, (XXX, un.). Véase más adelante § 123, *c*.

(*u*) L. 8, § 7, de cond. inst. (XXVIII, 7) relacionado con el § 8 cod. y el de la L. 26, pr. de cond. (XXXV, 1), de donde resulta que en el

5) Un testador instituye á dos hermanos herederos, diciendo: El que Seja eligiese por esposo tendrá dos tercios, el otro, un tercio de mi sucesion. Seja muere antes de haber elegido, los dos hermanos son tan herederos como antes, pero lo son por partes iguales (*v*). En efecto, la institucion de heredero era cierta; solo era condicional la designacion de las partes. Llegando á faltar la condicion la desigualdad desaparece dejando su puesto á la igualdad, que es del dominio comun, como si nada se hubiera dicho sobre division.

6) El capítulo 66 de Reg. juris in VI, está redactado en términos tan generales, que tiene evidentemente por fin no cambiar, sino renovar las reglas del derecho romano. Debe considerarse dicho texto como un reconocimiento, expresado en términos quizá demasiado vagos, de la primera y segunda ficcion: la interpretacion está en armonía con el carácter general del título del cual este texto forma parte.

7) Finalmente, el texto más difícil, y el que, sobre todo, ha contribuido á los errores que combato, es la L. 54, § 2, de leg. I (XXX, un.)

«Sed et si servi mors impedisisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses: nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit quo minus perveniat ad libertatem.»

¿Bastará este texto aislado para rechazar las dudas sobre el principio que tantos otros están de acuerdo para establecer? Entonces la tercera ficcion no seria un favor especial concedido á la libertad, y bajo esta relacion no habria entre el legado y la manumision el contraste reconocido de un modo tan preciso y tan formal por muchos antiguos jurisconsultos (nota *m* y *o*). El cambio de una sola letra podria quitar toda contradiccion: si en lugar de *mors* se leyese *mora*, la *servi mora*, es decir, la resistencia opuesta por la mala voluntad del esclavo, por ejemplo, si se oculta ó se escapa, no

---

§ 7, como en otros muchos textos, la palabra *conditio* se emplea de una manera impropia. V. Donellus, VIII, 34, § 7. Averanius Inter. pr. II, 24. Núm. 28, 29. Véase tambien más adelante, § 123 *s*.

(*v*) L. 24, de cond. inst. (XXVIII, 7).

impediria el cumplimiento de la condicion; ésta seria respetada como cumplida en virtud de la primera de las tres ficciones (*w*).

§ CXX.—III. *Manifestaciones de la voluntad.—Condicion.—Efectos comunes.*

Voy á ocuparme ahora de los efectos ordinarios que producen las condiciones. Para ello debo volver sobre la division importante ya citada (§ 117) y examinarla en sus pormenores. He dicho que las condiciones tenian por carácter general y esencial hacer depender la relacion de derecho de la realizacion de un acontecimiento incierto (§ 116), lo cual podia verificarse de dos modos: bien el acontecimiento hace que nazca la relacion jurídica, ó bien la destruye. Los jurisconsultos modernos llaman la condicion suspensiva en el primer caso, y resolutiva en el segundo: mas tales espresiones técnicas no las encontramos en las fuentes del derecho. Por lo demás, el primer caso es el más frecuente y de mayor importancia; así, cuando se habla de *condicion* sin añadir nada, suponemos que se trata de una condicion suspensiva.

La relacion de derecho sometido á una condicion de esta clase, es susceptible de sufrir tres fases diferentes. La primera es el estado de incertidumbre propio de la condicion (*pendet conditio*). El derecho no existe todavía; es sólo posible, y su realizacion depende en más ó en ménos de la voluntad de

---

(*w*) Donellus, VIII, 34, § 9, quiere excluir este caso como una excepcion aislada; pero sus razonamientos nos parecen forzados y sus aserciones arbitrarias.—Sell, Verzuche im Gebiete des Civirechts, Th. II, p. 228, 232, pretende que la falta de cumplimiento á consecuencia de un obstáculo exterior, no perjudica si la condicion es simplemente potestativa, y que de esta clase es la condicion *si Stichum manumiserit*. Es desde luego una de tantas afirmaciones arbitrarias como otras de que me he ocupado; además todo lo que un obstáculo exterior puede impedir, cosa por el solo hecho de ser potestativo. Finalmente, la condicion que nos ocupa no es de ningun modo potestativa, porque la presencia ya que no el consentimiento del esclavo es indispensable para la manumision y el esclavo puede sustraerse fugándose.

los interesados. Tal estado de incertidumbre puede cambiarse en completa certeza, y esto de dos modos: el acontecimiento se cumple (*impleta ó expleta conditio*), y entonces la relacion de derecho existe tan perfecta como si la condicion no hubiese sido impuesta nunca (*a*), ó, por el contrario, se llega á obtener la seguridad de que el hecho no se cumplirá ya (*deficit conditio*), y en este caso la esperanza de la relacion de derecho desaparece sin dejar rastro ni huella algunos.

Una vez cumplida la condicion, la relacion de derecho existe como si no hubiera sido condicional, y para el porvenir sus efectos no son dudosos. Pero cabe preguntar si obra sobre el pasado, es decir, sobre el tiempo trascurrido, á contar desde que la manifestacion de la voluntad se produjo hasta que el acontecimiento tuvo lugar. De ordinario la cuestion debe resolverse afirmativamente (*b*); pero hay casos en que la regla sufre muchas restricciones.

1) Si se entrega una cosa bajo condicion, queda siendo propiedad del deudor, quien durante el intervalo puede consti-

---

(*a*) L. 26, de cond. inst. (XXVIII, 7) «...conditione expleta pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit.» Entonces solo se puede decir: *cessit dies*; el derecho mismo está entre los bienes, lo que no podia afirmarse *pendente conditione*. L. 213, pro. de verb. sign. (L. 16). Por lo demás, la explicacion de este principio no ha tenido nunca tanta importancia como en materia de testamentos, y principalmente de legados, porque es necesario que el legatario viva al tiempo del *dies cedens* para trasmitir el legado á sus sucesores (§ 116).

(*b*) V. W. Sell, Ueber bedingte Traditionem. Zurich, 1839, p. 100 y sig. El principio puede formularse así: «*retrotrahitur* impleta conditio ad conventionis diem.» Dicho acuerdo no se halla en las fuentes, pero Justiniano emplea la palabra *retrotrahi* completamente en el mismo sentido con ocasion de la ratificacion de un contrato verificado á nombre de un tercero; L. 7, C. ad Sc. Maced. (IV, 28). Del mismo modo, Marciano en la L. 15, pr. de reb. (XXXIV, 5), dice, hablando de una cosa legada, enagenada por el heredero, cuando más tarde el legatario acepta ó rehusa el legado: «est post facto *retro ducitur*.» Tambien Ulpiano, en la L. 17, § I; L. 35. ad L. Aquil. (IX, 3), «*retro adcrevisse* dominium.» En la L. 2, § 2, 9, de don. int. vir. (XXIV, I) se lee: *retro agi*; en la 40, m. un c. don. (XXXIX, 6) *reducitur*; en la L. 25, C. de don. int. vir. (V, 16), *referatur et reduci*. V. acerca de los últimos textos y sobre sus relaciones con la doctrina de la condicion, § 170.

tuirla como prenda ó gravarla con una servidumbre. Pero una vez cumplida la condicion todas las enajenaciones intermedias se anulan. Así tambien la prioridad de un derecho de prenda concedido condicionalmente, no se determina segun la época del cumplimiento de la condicion, sino por la del contrato de prenda (*c*). La regla citada sufre excepcion cuando el cumplimiento de la condicion depende de un acto arbitrario del deudor (*d*), no por que hubiera sólo condicion aparente, porque la hay real y verdadera (§ 117), sino en razon á que el deudor quien podia suprimir desde luego el derecho de su acreedor, ha podido tambien válidamente restringirlo.

2) Es cuestion controvertida la de saber si los frutos producidos en el intervalo han ser entregados con la cosa. En general debe resolverse afirmativamente; pero es necesario tener en cuenta en cada especie la intencion de las partes (*e*).

3) Si se trata de una institucion de heredero condicional, la cuestion debe ser resuelta afirmativamente en todos los casos posibles. En efecto, toda sucesion se abre en el momento mismo de la muerte, y si el derecho del heredero puede permanecer mucho tiempo incierto, desde que no lo es se remonta necesariamente á la época de la muerte (*f*).

(*c*) L, 8, pr. de peric. (XVIII, 6); L. 9, § I; L. 2, § 1, qui pot. (XX, 4). Sell, Bedingte Traditionem, p. 157 y sig.

(*d*) L. 16, § 7, de pign. (XX, I); L. 4, quæ res pign. (XX, 3); L. 9, § I; L, II, pro. § 2, qui pot. (XX, 4). Cuando, por ejemplo, se ha convenido que si el deudor recibe un crédito, ó lleva muebles á una casa, los muebles y la cantidad se constituyen en prenda de la obligacion. En efecto, el deudor puede, si asi lo desea, no recibir el crédito ó no llevar los muebles á la casa. V. Sell, Bedingte Traditionem, p. 166.

(*e*) Thibaut, Civilits. Ablhaudlungen, p. 363; Sell, Bedingte Traditionem, p. 144; sobre el principio mismo, Vangerow Padekten, I, 116, es de opinion contraria La interpretacion que adopto disminuye mucho el interés práctico de la cuestion. No me he propuesto entrar aquí en los pormenores numerosos de esta materia y sí solo dar una idea general de los diversos efectos que produce el cumplimiento de las condiciones.

(*f*) Véase antes § 102, y sobre todo los textos citados en la nota *b* de la presente consideracion.

4) Esta razon no existe para los legados condicionales. Sin embargo, aquí como para los contratos, todas las enagenaciones intermedias quedan anuladas desde el momento en que la condicion se cumple (*g*).

5) Para los legados condicionales existe una regla especial relativamente á los frutos producidos en el intervalo. Se supone que el testador ha entendido tambien la condicion como establecimiento de un término (*h*), y que, por consecuencia, los frutos recogidos en el intervalo pertenecian al heredero, áun despues que el cumplimiento de la condicion ha destruido toda suerte de incertidumbre (*i*). Esto no es, sin embargo, más que una interpretacion de la voluntad que cede ante una contraria formalmente expresada; si, por ejemplo, el testador ordena que la condicion una vez cumpli la haga remontar el legado la época de su muerte, es decir, que los frutos recogidos en el intervalo sean entregados al legatario (*k*).

(*g*) L. II, § I, quemadm. serv. (VIII, 4); L. 105, de cond. (XVXV, I); L. 3, § 3, C. comm. de leg. (VI, 43). Los Proculeyanos pensaban que la cosa legada *per vindicationem* estaba temporalmente sin dueño; los Sabinianos consideraban al heredero como propietario mientras que la condicion no se cumplia. Gayo II, § 200. Justiniano adoptó la opinion de los Sabinianos para todos los legados en general, siendo á este principio al que responde la proposicion del texto. L. 66, de rei vind. (VI, I); L. 12, 8 5, de usufr. (VII, I); L. 12, § 2, fam. herc. (X, 2); L. 29, § I, qui et a quib. manum. XL, 9), y muchos otros textos.

(*h*) L. 22, pr. quando dies (XXXVI, 2), «... per conditionem tempus demonstratur...»

(*i*) L. 15, § 6; L. 24. § 1; L. 88, § 3, ad L. Falc. (XXXV, 2), L. 18, pr.; L. 33; L. 57, pr. ad Sc. Trebell. (XXXVI, I).

(*k*) Se trata aquí del *præposterum*, cuya prohibicion, otras veces absoluta, fué levantada para la dote por el emperador Leon, y que Justiniano autorizó en todos los casos para las estipulaciones como para los testamentos. L. 25, C. de testam. (VI, 23), § 14 (13). J. de inut. stip. (III, 19). Este seria, por ejemplo, un legado concebido en los términos siguientes: «Si consul factus erit Titius, a die mortis meæ fundum ei heres dato.» El resultado de esta disposicion es atribuir á Ticio los frutos percibidos en el intervalo, lo cual, en el fondo no promovia ninguna dificultad; porque siempre se habia permitido disponer de este mo-

La relacion de derecho sometida á una condicion resolutiva tiene una naturaleza mucho más simple. Desde luego es idéntica á una relacion jurídica no condicional, pues desde el momento en que la condicion se cumple se destruye completamente como si nunca hubiese existido; es una *pura conventio quæ resolvitur sub conditione* (*l*). La propiedad se consolida por sí misma sin necesidad de nueva tradicion, y las enajenaciones hechas en el intervalo, válidas hasta entonces, se anulan inmediatamente (*m*).

El objeto final de la condicion resolutiva puede alcanzarse por otros dos caminos jurídicos tambien que tienen afinidad con ella; pero que es necesario no confundir, porque se distinguen en algunos de sus efectos. Así:

1.° Cabe expresar el hecho contrario como condicion suspensiva, y se obtendrán los resultados antes citados (*n*).

2.° El restablecimiento del antiguo estado de cosas puede ser objeto de un contrato accesorio, hecho bajo una condicion suspensiva; pero este contrato no engendra sino una obligacion; la propiedad no se consolida por sí misma y las enajenaciones intermedias son anuladas (*o*).

---

do de los frutos, sea por estipulacion sea por testamento. V. L. 18, pr. ad Sc. Trebell. (XXXVI, I). La dificultad estaba en los términos que parecian prescribir una cosa absurda é imposible, el cumplimiento de un hecho en un tiempo ya trascurrido. Justiniano decidió que á pesar de esta inexactitud en la expresion, la voluntad evidente del testador recibiera ejecucion.

(*l*) L. 3, de contr. emt. (XVIII, I); L. 2, de in diem addict. (XVIII, 2) L. I de L. commiss. (XVIII, 3) L. 4, C. de pactis inter emt. (IV, 54), L. 29, de mortis causa don. (XXXIX, 6). Se puede, pues, representar la condicion resolutiva como suspensiva de la anulacion del contrato; pero no como suspensiva de un contrato nuevo contrario al primero en sus términos y en su fin.

(*m*) L. 41, pr. de rei vind. (VI, I),—L. 4. § 3, de in diem addict. (XVIII, 2); L 3, quib. mod. pign. (XX, 6).—V. Sell, Bedingte Traditionem, p. 219 y sig.

(*n*) Se trata entonces de una cuestion de hecho, la de saber cual de ambas especies de condicion estaba en el ánimo de las partes. L. 2, de in diem addict. (XVIII, 2); L. 1 de L. commiss. (XVIII, 3).

(*o*) L. 12, pr. de præscr. verbis (XIX, 5); L. 2, C. de pactis inter cont. (IV, 54).—Thibaut, civilist. Abhandl., p. 361, no toma en cuenta esta distincion; porque segun él todo se reduce á saber quién en defini-

Tal es la naturaleza de la condicion resolutiva, allí en donde generalmente es válida y eficaz. Ahora, ¿á qué materias es aplicable? Me reservo decir más adelante lo que corresponde (§ 127), cuando me ocupe de la fijacion de términos análogos.

Las donaciones por causa de muerte presentan bajo esta relacion un carácter particular (§ 170). El donante puede escoger entre la condicion suspensiva y la resolutiva: en la duda, la presuncion está en favor de la última. Sucede así porque cuando se le concede preferencia la condicion suspensiva no tiene efecto retroactivo sobre las enajenaciones intermedias y el donatario conserva los frutos recogidos durante el intervalo.

Si parecida donacion se verifica entre esposos, la traslacion inmediata de la propiedad bajo una condicion resolutiva es imposible; la condicion suspensiva, única posible en este caso, tiene tambien de ordinario efecto retroactivo.

§ CXXI.—III. *Manifestaciones de la voluntad.—Condicion necesaria é imposible (a).*

Despues de haberme ocupado del efecto normal de las condiciones (§ 120), paso á considerar el que, en gran parte

---

tiva, conservará la cosa; así, niega sin razon la diferencia esencial que existe entre las condiciones suspensivas y resolutivas (V. Sell, p. 183). Bajo un otro punto de vista, la condicion resolutiva puede referirse á una condicion suspensiva (nota *l*). Aquí se trata tambien de investigar si las partes han querido someter la primera venta á condiciones, ó hacer un nuevo contrato, un contrato de retro. ¿Por qué signos reconocerá el juez la intencion de las partes? El derecho romano habia establecido presunciones que respondian muy bien á las necesidades de la práctica. Así, la *in diem addictio* y la *lex commissoria* constituian una venta bajo condicion; la *retrovenditió* implica un segundo contrato de reventa. Muchos jurisconsultos modernos adoptan un sistema que es menos práctico: distinguen si las partes han empleado *verba directa* ú *obliqua*; otros presentan una doctrina que se presta más aún á objeciones, pues se esfuerzan en establecer en todos los casos la presuncion de un segundo contrato de reventa. Véase, sobre las opiniones de los autores modernos en la materia, Vangerow, Pandekten, I, p. 117.—Sell, Bedingte Traditionem, p. 220 y sig.

(*a*) Véase Donellus, VIII, 32, § 5-24, Sell, Versuche im Gebiete des

anormal, producen las condiciones necesarias ó imposibles: así es como para mayor brevedad se llaman las de cumplimiento necesario ó imposible.

He dicho ya (§ 116) que no son condiciones verdaderas, pues que en ellas falta uno de los elementos esenciales de la condicion, la incertidumbre del resultado. Para apreciar la influencia que esta forma mal empleada ejerce sobre las manifestaciones de la voluntad, es preciso tener en cuenta los casos y las circunstancias en que cabe se presenten.

Desde luego dichas condiciones puede ser, evidentemente, lo mismo positivas que negativas (§ 117). Si, además, se investiga la causa de la necesidad ó de la imposibilidad, ésta, en tanto puede ser una ley de la naturaleza como un principio de derecho; desde que así sucede hay dos especies de necesidades y de imposibilidades, físicas las unas y las otras jurídicas, pero sometidas ambas á las mismas reglas (*b*).

Es dado, pues, concebir las combinaciones siguientes, que trataré de hacer sensibles por medio de ejemplos:

I. Condiciones necesarias:

A. Positivas:

a) Físicamente necesarias.

Si el sol sale el dia de mi muerte, ó si yo soy inmortal.

b) Jurídicamente.

Si, en general, Ticio debe tener capacidad de derecho (*c*).

B. Condiciones negativas (*d*).

Civilrechts, Th. II, Giessen, 1834. Arndts Beiträge zu verchíedenen Lehren des Civilrechts, Helft I, Bonn, 1837. Num. IV.

(*b*) La paridad entre lo imposible físico y lo imposible jurídico, se reconoce formalmente por la L. 137, § 6, de verb. oblig. (XLV, I), no aplicándose el principio solo á las condiciones, sino tambien á la imposibilidad del acto mismo. V. L. 35, pr. cod.

(*c*) Porque no reconocemos incapacidad absoluta de derecho: entre los romanos tal condicion habria significado: «Si Ticio es un hombre libre,» hecho que podia ser dudoso, y la condicion no habria sido entonces necesaria.

(*d*) Los autores modernos llaman sin razon á una condicion semejante negativa *imposible*, mientras que en realidad lo que és es necesaria, y al mismo tiempo negativa. En efecto, si el objeto de la abstencion es imposible, y hé aquí lo que ha ocasionado esta fraseología viciosa, la

a) Físicamente necesarias.

Si Ticio no sube á la luna.

b) Jurídicamente necesarias.

Si Ticio, mi único heredero, no reclama despues de mi muerte las sumas que le debo (*e*).

Si Ticio no hace antes de su pubertad un testamento válido, ó adquiere la propiedad de las iglesias de mi parroquia.

II. Condiciones imposibles.

A. Positivas:

a) Físicamente imposibles.

Si Ticio sube á la luna.

A esta clase pertenecen, naturalmente, las condiciones que implican contradiccion en sí (*conditiones perplexæ*) (*f*).

b) Jurídicamente imposibles:

Si Ticio hace antes de la edad de la pubertad un testamento válido ó se convierte en propietario de las iglesias de mi parroquia.

B. Negativas:

a) Físicamente imposibles.

Si Ticio es inmortal.

---

condicion misma, es decir, su cumplimiento es necesario. Por lo demás, la impropiedad de lenguaje se halla ya en Ulpiano, L. 50, § I, de her. inst. (XXVIII, 5). «Si in non faciendo impossibilis conditio institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam erit, perinde ac si pure institutus esset.» Podria creerse que Ulpiano no habia tenido presente este caso, sino el que ha citado II, B, y entonces su expresion seria exacta. Pero la suposicion no es admisible, porque el caso II, B, era controvertido, y Ulpiano no habia podido decir: «Secundum omnium sententiam.» La misma fraseología se encuentra reproducida, L. 7, de verb. oblig. (XLV, 1), y L. 20, pr. de cond. inst. (XXVIII, 7). Esta observacion está muy bien desarrollada en Arndts, p. 162, 169.

(*e*) L. 20, pr. in *f*. de cond. inst. (XXXVIII, 7). En efecto, es una deuda que no puede reclamarse nunca. Antes de la adicion de la herencia no hay opositor; despues de la adicion la confusion se verifica y la deuda se extingue.

(*f*) Así sucede de hecho; son imposibles segun la ley lógica de la humanidad, V. Sell, p. 267. Se encuentran ejemplos en la L. 16, de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 39, de man. tut. (XL, 4). L. 88, pr. ad L. Falc. (XXXV, 2). Estos casos están sometidos á una regla particular (nota *n*).

b) Jurídicamente imposibles.

Si Ticio á la edad de catorce años no es todavía púbero en la época de mi muerte, ó si Ticio en la misma época carece de toda capacidad de derecho.

Las reglas aplicables á cada uno de los casos diferentes que preceden, son las que siguen:

No siendo las condiciones necesarias verdaderas condiciones, el acto á que se unen permanece tan válido como si no hubieran sido impuestas (*g*). El resultado seria absolutamente el mismo que si se las considerara como condiciones verdaderas ya cumplidas. Sin embargo, no es indiferente tomar uno ú otro punto de vista, porque si hubieran sido condiciones verdaderas anularian los actos en donde se prohibe la presencia de toda condicion (§ 116). Mas aquel en que se incluyen no es reputado como condicional, y en nada sufre su validez.

Una condicion análoga á las que preceden es la que, incierta por su naturaleza, se ha cumplido ya en el momento de la redaccion del acto, si bien independiente de su autor, Sin embargo, en este caso el acto se hace realmente bajo condicion, solo que es bajo una ya cumplida (*h*). En su consecuencia, un acto en donde todas las condiciones estuvieran prohibidas seria anulado por una parecida: si, por ejemplo, un

---

(*g*) L. 9, § I, de nov. (XLV, 2). «Quid sub conditione stipulatur, quæ omnimodo extitura est, *pure videtur stipulari.*» L, 7, 8, de verb. oblig. (XLV, 1); L. 17, 18, de cond. indeb. (XII, 6) (sobre los contratos). L. 50, § I, de her. inst. (XXVIII, 5). «... heres erit, perinde ac si pure institutus esset.» (sobre testamentos). En cuanto á este último texto, v. nota *d*. Hablaré al final del § 24 de una excepcion notable relativa al *legatum pœnæ nomine*. Otra mucho más arbitraria, se halla en la L. 13, quando dies (XXXVI, 2).

(*h*) L. 10, § I; L. II, pr. de cond. (XXXV, 1): «... Si sic legatum sit: *si navis ex Asia venerit*, et ignorante testatore navis venerit testamenti facti tempore; dicendum, *pro impleta haberi*»... Para dar un sentido á las palabras *ignorante testatore*, es preciso suplir la proposicion inversa sobreentendida: si el testador sabia la llegada de la embarcacion no se trata entonces de una condicion cumplida, sino de un legado puro y simple.

padre instituye por heredero un *suus* bajo una condicion incierta cumplida independientemente de él el testamento es nulo (*i*). Esta decision se funda en que el testador tenia presente una condicion verdadera, y así daba conscientemente una forma ilegal á su testamento. Por una razon inversa el acto seria válido si su autor sabia la condicion ya cumplida (nota *h*); porque entonces se la asimilaba por completo á las condiciones necesarias.

Las de naturaleza imposible, consideradas abstractamente, presentan aún ménos dificultad que las necesarias. Pareceria que anulaban solo con su presencia el acto al cual estuvieran unidas, y que desde este momento no quedaba ningun lugar para otras cuestiones secundarias; sin embargo, el derecho positivo ha establecido principios en gran parte contrarios á estas conclusiones.

Verdaderamente tal regla natural existe para los contratos. La condicion imposible les quita todo efecto, sin distinguir entre las estipulaciones y los contratos consensuales (*k*).

Pero hay para las disposiciones testamentarias una regla diferente. Los proculeyanos querian que se aplicase el principio general; los sabinianos, por el contrario, consideraban la condicion como no escrita, lo cual trasformaba la disposicion testamentaria en una disposicion pura y simple (*l*). La doctrina de los últimos fué adoptada por el derecho justinianeo (*m*)

(*i*) Tal es la única diferencia importante entre este caso y el de la condicion necesaria. Para el *dies cedens* de un legado no hay diferencia, porque en el caso de que habla el texto se trata únicamente del dia de la muerte, pues que se tiene solo en consideracion el hecho y no el conocimiento que de él ha tenido el legatario.

(*k*) Gayo III, § 98, § II, J. de inut. stip. (III, 19); L. 7; L. 137, § 6, de verb. oblig. (XLV, 1); L. I, § II; L. 31, de oblig. et act. (XLIV, 7); L. 9, § 6, de reb. cred. (XII, 1); L. 29, de fidejus. (XLVI, 1).

(*l*) Gayo III, § 98.

(*m*) § 10. J. de her. inst. (II, 14); L. 3; L. 6, § I, de cond. (XXXV, 1); L. I; L. 6; L. 20, pr. de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 16, in *f.* de injusto (XXVIII, 3); L. 101. § I, de leg. I, (XXX. un.); L. 5, § 4, quando dies (XXXVI, 2). Para las condiciones *perplex.* existe una regla contraria. La disposicion en sí misma es nula como inseparable de la condicion. Véanse los textos citados en la nota *f*.

y, sin duda, despues que ya de largo tiempo atrás había merecido preferencia en la práctica (*n*). Antes de exponer el motivo de esta decision extraordinaria, quiero señalar sus consecuencias.

Si una condicion posible en sí falta anteriormente al testamento, por más que sea independientemente del testador, se asimila á la condicion imposible reputándose como no escrita (*o*); de donde resulta que la insercion de una condicion tal en un acto que no admite ninguna, no perjudica á la validez del mismo. Sin duda hay aquí una derogacion del principio que rige las condiciones ya cumplidas (nota *h*); pero la diferencia es una consecuencia natural de las reglas positivas á las cuales se someten especialmente las condiciones imposibles.

No sucede lo propio con la condicion que el testador mismo ha referido al pasado ó al presente (§ 116). Si resulta que tal condicion falta, entonces, áun cuando el testador hubiere estado realmente incierto, la disposicion á la cual se refiere se anula (*p*). Si la regla que considera la condicion imposible como no escrita no encuentra aquí aplicacion es porque la condicion no es verdadera, sino sólo aparente.

Si la condicion es en parte posible y en parte no, para la imposible se reputa como no escrita, y para la otra se considera válida y eficaz (*q*).

Dichas reglas se aplican á los acontecimientos imposibles segun las leyes de la naturaleza (imposibilidad absoluta), co-

---

(*n*) Paulo III, 4, B. § I; L. 3, de cond. (XXXV, 1): «*Obtinuit*, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas.» Este texto no presenta ninguna señal de interpolacion, y parece, por el contrario, testimoniar de la jurisprudencia vigente en los tiempos de Ulpiano.

(*o*) L. 6, § 1, de cond. (XXXV, 1). Donde se ve al mismo tiempo que esta aplicacion particular fué lentamente en su establecimiento y hubo de hallar oposicion.

(*p*) L. 16, de injusto (XXVIII, 3), consagrada en su totalidad á este asunto, salvo el final que es relativo á los efectos de la condicion real, pero imposible.

(*q*) L. 45, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 6, § 1, de cond. (XXXV, 1).

mo tambien á aquellos cuyo cumplimiento, posible en sí, encuentra en circunstancias particulares un obstáculo invencible (imposibilidad relativa). Tal seria, por ejemplo, un pago que hubiera de hacerse á personas determinadas, ó la manumision de ciertos esclavos, si dichas personas ó esclavos no habian existido nunca, ó bien no existiesen cuando el acto tenia lugar: tal seria el pago de una deuda, si no habia sido contraida (*r*).

Se consideran tambien como imposibles las condiciones cuyo cumplimiento excediera demasiado de las proporciones ordinarias entre los medios y el fin: á estas condiciones se les deberia llamar exorbitantes. Sin embargo, esta excesiva dificultad debe ser apreciada en general y no relativamente á un indivíduo determinado, porque la imposibilidad subjetiva no está tomada en consideracion (*s*). Por lo demás, no se podria establecer ninguna regla general sobre la distincion entre esta especie de imposibilidad y la simple dificultad que nunca exime de la ejecucion. La apreciacion se deja á la prudencia del juez, quien obrará segun las circunstancias particulares de cada caso. Hé aquí algunos ejemplos en donde se ve la dificultad asimilada á una imposibilidad real. La condicion impuesta por un testador de levantarle un monumento fúnebre en los tres dias siguientes á su muerte se considera como imposible; y, sin embargo, concíbese que rigurosamente pueda ser ejecutada si, el heredero, conociéndola antes de la muerte, habia preparado y dispuesto todos los elementos necesarios al efecto. Pero como racionalmente se comprende desde luego, es un caso el que consigno excepcional y que ocurriria rara vez. Del mismo modo tambien se declara imposible la manumision de un esclavo bajo la condicion de pagar al heredero 18.750.000 francos. No obstante,

---

(*r*) L. 72, § 7; L. 6, § 1, de cond. (XXXV, 1); L. 45, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 26, § 1, de statulib. (XL, 7). En el primero de estos textos dicha condicion se llama *falsa*, y con razon, pues la imposibilidad procede de la falsa suposicion de un hecho.

(*s*) Si, por ejemplo, una persona está encarga de pagar una deuda y por su pobreza no puede (V. L. 137, § 4, de verb. oblig. (XLV, 1).

era posible que un Lúculo, quisiere sacrificar esta enorme suma á la libertad de un esclavo (*t*).

Solo es necesario que la imposibilidad sea por su naturaleza permanente y no dependa de un cambio accidental de tiempo y circunstancias. Si, pues, un hecho era posible en el momento en que ha sido impuesto como condicion y despues ha dejado de serlo, la condicion no se hace imposible por esto, es decir, si se trata de una disposicion testamentaria reputada como no escrita; pero es una condicion no cumplida y que anula la institucion de heredero ó el legado que depende de ella (*u*). Del mismo modo, en el caso inverso, la condicion que primitivamente no era posible sino susceptible de serlo, pasa por una condicion verdadera y eficaz; porque el que la ha dictado puede haber tenido presente su posibilidad futura. Así, por ejemplo, el legado hecho á una esclava bajo la condicion de un matrimonio futuro es válido, bien que en la época del testamento el legatario fuere, como esclavo, incapaz para contraer matrimonio: se espera á que sea manumitida, y despues se casa (*v*).

(*t*) L. 6, de cond. inst. (XXVI, 7); L. 4, § 1, de statulib. (XL, 7): «... aut si *tam difficilem, immo pene imposibilem* conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit, veluti si heredi millies dedisset...» La vulgata dice *mille*, esto es, 137 ó 137.000 francos, segun que se entiendan grandes ó pequeños sestercios, pero que no da un sentido satisfactorio. La redaccion del manuscrito de Florencia *miles*, se presta á la correccion de *milies* por *millies*, ésto es, mil veces 100.000 sutercios ó 18.750,000 fr. que, desde luego, es la idea del autor. Por lo demás, hablo aquí de la enormidad de la suma como equivalente de su imposibilidad; despues (§ 124, *h*) explicaré la decision misma del texto.

(*u*) L. 94, pr. de cond. (XXXV, 1); L. 19; L. 20, § 3, de statulib. (XL, 7); L. 23, § 2, ad L. Aquil. (IX, 2). Si, por ejemplo, se hace un legado bajo la condicion de que el legatario pagará á Ticio una suma determinada, la muerte de Ticio posterior al testamento destruye la condicion y trae consigo la nulidad del legado. No sucedería lo mismo con una manumision con condicion idéntica, porque gozaba en este caso de un beneficio especial. V. § 119, *m*, y Sell, p. 55.

(*v*) L. 58, de cond. (XXXV, 1).

Es evidente que el cambio que determina la posibilidad debe ser un acontecimiento ordinario y verosímil, por ejemplo, la manumision de un esclavo, aun cuando la prevision fuera poco natural, algunas veces falible, y la condicion debiera ser tratada como absolutamente imposible. Tal seria, v. g., la de si un hombre libre se hace esclavo, si una *res sacra* se hace *profana* (*w*).

Los mismos principios se aplican á los contratos. Si, pues, alguno promete un presente de boda á la hija impúbera de un amigo suyo, la promesa es válida, áun cuando esta hija sea en la época de la promesa tan incapaz de contraer matrimonio como el esclavo en la del testamento. ¿Qué, en efecto, más conforme á la naturaleza de las condiciones que se refieren á un porvenir indeterminado, que tomar en consideracion circunstancias variables? Por la misma razon sucede de otro modo si el acto que el contrato promete sin condicion es de naturaleza ilícita; entonces el contrato es nulo, aun cuando, por un cambio de circunstancias, este acto pudiera modificar su naturaleza y hacerse lícito (*x*). La obligacion resultante del contrato no se aplica como la condicion á un porvenir indeterminado, sino al presente, y si entonces tiene un carácter ilícito el contrato es radicalmente nulo (*y*). Finalmente, en las condiciones se debe tomar sola-

---

(*w*) L. 83, § 5, de verb. oblig. (XLV, 1): «... ut ne hæc quidem stipulatio de homine libero probanda sit: illum cum servus erit dare spondes? item: eum locum, cum ex sacro religiosove profanus esse cæperit, dari? quia... ea duntaxat, *quæ natura sui possibilia sunt*, deducuntur in obligationem... et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi, *neque civile neque naturale est* » ... L. 34, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1): «nec enim fas est, ejusmodi casus exspectare.» Véase § 2, J. de inut. stip. (III, 20).—Así, se considera como un acontecimiento ordinario y natural que un deportado, sino es *servus pœnæ*, obtiene gracia y recobra el derecho de ciudad. L. 59, § 1, 2, de cond. (XXXV, 1).

(*x*) Si, por ejemplo, el objeto del contrato es un matrimonio entre hermanos y hermanas adoptivas, bien que la emancipacion de una de las partes haga lícita la union. L. 35, § 1, de verb. oblig. (XLV, 1).

(*y*) Es á esta regla y no á la apreciacion de las condiciones á lo que se refiere la L. 144, § 1, de R. J. (L, 17). «In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.»

mento en consideracion los cambios que proceden de circunstancias de hecho y no de una modificacion de las disposiciones legislativas. Si, pues, se hace una promesa bajo la condicion de que una cosa *sacra* ó *religiosa* será enagenada, el contrato es radicalmente nulo, por más que se pueda concebir que una ley nueva haga entrar tales cosas en el comercio (*z*); porque está en la naturaleza de las condiciones tener en cuenta el cambio de las circunstancias de hecho, pero no el de las reglas jurídicas.

§ CXXII.—III. *Manifestaciones de la voluntad.—Condiciones inmorales.*

Segun los autores modernos existen para las condiciones tres especies de imposibilidad: física, jurídica y moral; segun que la imposibilidad proceda de las leyes de la naturaleza, del derecho ó de las buenas costumbres (*a*). Tal clasificacion debe ser rechazada porque establece entre dos principios esencialmente diferentes una semejanza que, á lo sumo, existe en sus efectos; además lleva á atribuir á dichos efec-

---

(*z*) L. 137, § 6, de verb. oblig. (XLV, 1): «... nec ad rem pertinet, *quod jus mutari potest*, et id quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: *non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis*, æstimari debet stipulatio.» Es evidente que se puede tambien referir este texto á los cambios de que he hablado en la nota *w*, pero la interpretacion que adopto me parece más natural. Además, es tambien verdadero que un cambio en la legislacion no es uno de tantos acontecimientos naturales cuya realizacion pueda servir de base á los contratos. Bajo esta relacion, la regla se aplica á las instituciones de heredero y á los legados. Sell, p. 47, 51 prescinde de la diferencia esencial que representan los textos citados en las notas anteriores, y establece equivocadamente una distincion entre los contratos y los testamentos: así que un contrato es nulo cuando era imposible al celebrarse, aunque más tarde se haya hecho posible.

(*a*) Sell, p. 19 y sig. expone de un modo muy completo dicha opinion de los autores.—Deberíase, por vía de consecuencia, reconocer una triple necesidad; si no se hace así es por la importancia que en general tienen las condiciones necesarias.

tos un analogía completa, lo cual es cierto, pero con determinadas limitaciones (*b*).

Lo que distingue las condiciones imposibles es la falta de uno de los caractéres esenciales de la condicion verdadera, la incertidumbre del acontecimiento, porque no dejan lugar alguno á la libertad humana ni á la casualidad. En la doctrina que combato se colocan en la misma línea los actos prohibidos por las reglas del derecho y por la ley moral. Siendo enteramente libres estos últimos, permanecen siempre inciertos, lo cual es un elemento esencial de la condicion que falta á las imposibles. Pero la confusion de las ideas procede principalmente de que en esta doctrina se reunen bajo el nombre de imposibilidades jurídicas dos casos muy diferentes; el testamento ó el matrimonio de un impúbero es, jurídicamente, imposible; el robo es siempre posible, pero prohibido por las reglas del derecho. En cuanto al testamento ó al matrimonio, sabemos que tales hechos no habrian tenido nunca lugar; respecto al robo, no puede afirmarse nada.

Así, pues, se debería distinguir mejor las condiciones ilegales (*c*) y las solamente inmorales; pero, como la condicion ilegal es siempre al mismo tiempo inmoral, basta emplear el epíteto de inmoral para distinguir toda condicion, ya positiva, ya negativa, tachada de poco moral.

Las condiciones inmorales en cuanto á sus efectos asimílanse á las imposibles. A la verdad el texto principal que hay costumbre de citar expresa esta asimilacion, no en términos positivos sino indirectos, porque él dice simple-

---

(*b*) Esta observacion se presenta muy bien en Arndts, p. 172, y sig. 182, 183.

(*c*) Es decir, *Leges*, *Senatusconsulta*, constitutiones imperiales, el edicto, etc. L. 14, 15, de cond. inst. (XXVIII, 7). Si existia duda sobre este punto, se podia obtener del emperador la anulacion de la condicion. L. 2, § 44, ad Sc. Tert. (XXXVIII, 17). Aquí como en otras partes *in fraudem legis* es sinónimo de *contra legem*. L. 64, § 1; L. 79, § 4, de cond. (XXV, 1). L. 7, de cond. inst. (XXVIII, 7). La misma regla se aplica á las condiciones contrarias á la *publica utilitas;* L. 13, § 1, de pollic. (L. 12).

mente que la condicion inmoral debe ser considerada como no potestativa; tampoco se admite dejar á la libertad de nadie la comision de un hecho contrario á las buenas costumbres (*d*). Pero en realidad esta asimilacion no es dudosa, porque para las condiciones inmorales como para las imposibles vemos la misma distincion característica entre los contratos y las disposiciones testamentarias. Los contratos son nulos; los legados y la institucion de heredero se reputan puras y simples.

Pero hay necesidad de añadir, y este es un punto capital, que la asimilacion no es de ninguna manera absoluta; no existe sino allí en donde es imperiosamente impuesta por la exigencia del matrimonio moral. Es decir, allí donde el cumplimiento de la condicion llevaría consigo un mal moral.

Este *criterium* nos permite por sí solo juzgar en qué casos la condicion inmoral se reputa no escrita; la ficcion de que el mal es imposible en el hombre en virtud de su naturaleza moral no bastaría, sirviendo únicamente para mostrar el encadenamiento de las ideas.

El caso principal en que este principio encuentra aplicacion es el en que una mala accion se impone como condicion de un derecho de adquirir, de suerte que este interés sirva de móvil á la accion mala. Inserta en un contrato una condicion parecida, hace la convencion relativamente nula (*e*); en un testamento se reputa no escrita y la institu-

---

(*d*) L. 15, de cond. inst. (XXVIII, 7). «Filius qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmat patris, *ac si conditio non esset in ejus potestate:* nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiant: *nec facere nos posse credendum est.*» Esta doctrina está bien en los lábios de Papiniano que murió siéndole fiel. La asimilacion se consigna formalmente en la L. 137, § 6, de verb. oblig. (XLV, 1): véase la nota siguiente.

(*e*) L. 123, de verb. oblig. (XLV, 1): «*Si flagitii faciendi* vel facti *causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.*» Flagitii *faciendi* causa, se refiere aquí á un acto inmoral que debe verificarse bajo la condicion de una recompensa prometida, y, de este modo la condicion tiene como fin asegurar su realizacion. L. 137, § 6, eod.: «Cum quis sub hac conditione stipulatus sit... ubi... *id facere si non liceat:* nu-

cion de heredero ó el legado dejan de ser condicionales (*f*) en uno y otro caso, precisamente como si se tratara de una condicion imposible.

La asimilacion existe todavía en el caso siguiente, pero con un resultado inverso. Si un padre instituye heredero á un *suus* bajo una condicion inmoral, podria salvarse la moralidad declarando no escrita la condicion y simple y pura la institucion y, por consecuencia válida: pero vale más mantener la asimilacion. El acto se considera como imposible, y desde este momento la condicion deja de ser potestativa; así, pues, no hay institucion del *suus* hecha segun las formas legales, el testamento se hace nulo por completo, y el *suus* hereda *abintestato* (nota *d*). Aquí el fin moral se halla conseguido, anulando completamente la disposicion, y esto, por medio de la asimilacion de las condiciones inmorales á las imposibles.

Pero la semejanza no puede admitirse desde el momento en que no es indispensable á la moralidad ó podia comprometerla. Entonces el interés de la moralidad queda siendo el dominante; se decide segun las circunstancias, y ya no hay ficcion que conduzca, como la anterior, á un punto de vista comun. Algunos ejemplos aclararán la materia.

Si una persona se somete á una pena convencional, para el caso de que cometiera una accion inmoral, la convencion es perfectamente lícita, pues se dirige contra la inmoralidad. (*g*) Si se consideraba el acto inmoral como imposible la con-

---

llius momenti fore stipulationem, *proinde ac si ea conditio, quæ natura impossibilis est, inserta esset...*» El texto se refiere casi en su totalidad á condiciones realmente imposibles, pero imposibles en derecho (§ 121).

(*f*) L. 9, de cond. inst. (XXVIII, 7): «remittendæ sunt.» L. 14, eod. «... pro non scriptis habentur, et perinde ac si conditio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve.» L. 27, pr. eod.; L. 5, C. de institut. (VI, 25); Paulo, III, 4, B. § 2, «nullius sunt momenti.»

(*g*) L. 1, 2, C. si mancipium (IV, 56); L. 121, 2 I, de verb. oblig. (XLV. I). Este último texto dice que si un marido estipula con su mujer una pena convencional, en el caso en que por su consecuencia él viviese con una antigua concubina, la estipulacion «quæ *ex bonis mo-*

vencion seria nula (§ 121, *k*). Del mismo modo cuando un testador manda á su heredero pagar un legàdo, si él comete un acto inmoral, desde que el acto se verifica el legado es debido; del otro modo no lo es (*h*). Si se asimilaba esta condicion á las imposibles se la deberia considerar como no escrita (§ 121, *m*).

Finalmente, en los contratos y en los testamentos la condicion que tiene por objeto un acto inmoral de un tercero, es de ordinario válida y eficaz. Si por circunstancias particulares la condicion favorecia el acto inmoral se veria entonces contaminada de inmoralidad. Pero la asimilacion completa tendria el inconveniente de que consideraramos como imposible la condicion, áun cuando tales circunstancias especiales no concurriesen.

Si alguno se somete á una pena convencional en el caso en que se abstuviera de cometer un delito ó cumpliese un deber, la convencion seria nula evidentemente, por más que ningun texto haya previsto este caso. Si se quisieran asimilar las leyes de la moral á las de la naturaleza, seria preciso considerar la condicion como necesaria, y el contrato como hecho incondicionalmente (§ 121, *g*). Así tambien, si un testador impone á su heredero un legado como una pena, en el caso en donde no se abstendria de un delito ó no llena un deber,

---

ribus concepta fuerat» era válida. La L. 19, de verb. oblig. (XLV, I) declara nula la estipulacion por la cual un marido se compromete á pagar una suma en el caso en que la separacion tuviere lugar: «quia contenti esse debemus pænis legum comprehensis.» Podria considerarse este texto como una prohibicion general de añadir pena alguna convencional á las leyes penales del Estado; pero se reduce estrictamente al matrimonio y expresa el principio incontestable de que la facultad de contraer un matrimonio no debe ser arbitraria, lo que, desde el momento en que es así, excluye las penas convencionales. L. 134, pr, de verb. oblig. (XLV, I); L. 2, C. de inut. stip. (VIII, 39). V. § 123, *e*.

(*h*) El antiguo derecho prohibia todos los *legata pœnæ omine*, cualquiera que fuere la naturaleza del acto impuesto ó prohibido al heredero. Justiniano les permitió de una manera general, es decir, tambien en el caso en que el testador mandaba á su heredero, abstenerse de un delito ó llenar un deber (§ 117, notas *l*, *m*, *n*). Veremos en las notas siguientes el único caso en que la prohibicion existia.

la asimilacion nos llevaria á considerar la condicion como necesaria y el legado como no condicional, y, sin embargo, Justiniano declaró formalmente la nulidad del legado, lo cual venia á servir mejor, indudablemente, los intereses morales (*i*).

Si alguno hace una promesa de dinero bajo la condicion de abstenerse de un delito ó de cumplir un deber, la asimilacion nos conduciria á mirar la condicion como necesaria y á admitir la validez del contrato como no condicional; sin embargo, el contrato es radicalmente nulo (*k*) y aquí tampoco la asimilacion encuentra lugar donde aplicarse. Esta decision es egnimática, porque el contrato tiene un fin moral. Podria alegarse como motivo que la recompensa prometida alteraba la pureza de las ideas morales, sustituyendo el móvil del interés al sentimiento del deber. Tal argumentacion es demasiado sutil para las materias del derecho, porque condenaria además la estipulacion de una pena en el caso de un acto inmoral, la cual estaba, no obstante, permitida (*l*).

El verdadero motivo es que mejor que á un parecido contrato, podria conducir á indiguas especulaciones; en efecto, el que se encontrara obligado por la condicion impuesta á otro

---

(*i*) § 36, J. de legatis (II, 20); L. un. C. de his quæ pænæ (VI, 41), al final de estos dos textos. Hé aquí, pues, el único caso en donde subsiste todavía la antigua prohibicion del *legata pœnæ nomine* (nota *h*).

(*k*) L. 7, § 3, de pactis (III, 14), «Si ob maleficium, *ne fiat*, promisum sit, nulla est obligatio ex hac conventione;» es decir, si yo prometo dinero á alguno á condicion de que se abstenga de cometer un delito. Las palabras de este texto podrian tambien referirse á la estipulacion de una pena convencional en el caso en que el *promissor* cometiere un delito; pero entonces el texto estaria en contradiccion formal con los citados en la nota *g*.

(*l*) Véase antes, nota *g*. Muchos autores quieren encontrar el *turpe* en esta circunstancia, pues es contrario al honor aceptar una ventaja pecuniaria por el cumplimiento de un deber. Es fácil dejarse engañar por estas exageraciones de la moral: nunca nadie se ha escandalizado al considerar agradecidos por una gratificacion los buenos servicios de un empleado, ú ofrecer un presente al que ha expuesto su vida por salvar la de otro.

de abstenerse de un delito ó de llenar un deber, podria escitar á cometer un mal moral por la promesa de una recompensa; además, este peligro no existe en la convencion de una pena para el caso del delito, y hé aquí por qué está permitida (nota *g*). Dicho peligro no existe apenas cuando un testador impone á su heredero ó á un legatario la condicion de abstenerse de un delito ó de llenar un deber; si, pues en las fuentes no se encuentra ninguna prohibicion á este propósito, no es una omision accidental, sino una consecuencia de la distincion precedente. Yo añado que esta regla tiene ramificaciones más extensas que no dejan ninguna duda sobre sus motivos. Y así es; si una suma ha sido, no prometida, sino pagada al contado con el fin de determinar á una persona á abstenerse de un delito ó de cumplir un deber, dicha suma puede ser exigida en virtud de una *conditio ob turpem causam* (*m*). De aquí resulta con mayor razon la nulidad de una simple promesa de pago (*n*).

Se deduce tambien de cuanto precede que la nulidad puede solo ser invocada cuando el que ha prometido ó dado ha tenido como móviles el temor ó una espezanza. Todos los textos citados (notas *k*, *m*, *n*,) se refieren á casos en que el interés personal del donante es evidente ó, al ménos, fácil de presumir. Pero si alguno queriendo corregir á un hombre que tiene la embriaguez por hábito, le promete una suma con la condicion de que no ha de embriagarse durante un año, la primera seria válida, porque su autor no ha tenido ningun interés especial ni personal en su cumplimiento, no siendo de temer que la persona á quien la condicion se impone haya ejercido una influencia injusta sobre el ánimo de la otra.

(*m*) L. 2, pr., § I, 9; L. 4, § 2; L. 9, pr., § I, 2, de cond. ob turpem (XII. 5); L. 6, 7, C. cod. (IV, 7).

(*n*) L. I, C. de cond. ob turpem (IV, 7). En efecto, el derecho á la *condictio* entraña siempre el derecho á la *exceptio*, pero no recíprocamente. Si por ejemplo, se promete dinero á un juez para dar una sentencia injusta, tal promesa no es obligatoria, vista la inmoralidad de la condicion; pero una vez pagada la suma no puede ser exigida, porque el donante es cómplice en la inmoralidad que se comete. L. 3, de cond. ob turpem (XII, 5).

§ CXXIII.—III. *Manifestaciones de la voluntad.—Condicion inmoral.* (Continuacion).

He hablado hasta aquí de las condiciones cuyo objeto es en sí una accion vergonzosa; pero existe un gran número de casos en los que una accion, inocente por sí misma, toma un carácter de inmoralidad que le impide, como tal condicion, ser impuesta en ciertos actos jurídicos. Entre dichos casos algunos presentan desviaciones importantes de las reglas generales expuestas anteriormente (§ 122).

I. Con relacion al matrimonio se hallan prohibidas las condiciones siguientes:

A. La condicion de un celibato perpétuo, y esto por una disposicion expresa de la ley Julia (*a*). Disposicion que no tiene nada que la explique en una ley, sino fuera porque precisamente procuraba, por un sistema de recompensas y de penas, fomentar los matrimonios.

B. El divorcio desde el momento en que se impone, igual que el celibato, como condicion para ciertas ventajas pecuniarias (*b*). En efecto, el divorcio era á los ojos de los romanos un mal real cuya tolerancia no podia justificarse sino por una necesidad moral. Escitar al divorcio por consideraciones interesadas debia pasar naturalmente como un acto inmoral.

C. La sumision á la voluntad de un tercero para la elec-

(*a*) L. 22: L. 63, § I; L. 72, § 5; L. 74; L. 77, § 2; L. 100, de cond. (XXXV, I); L. 65, § I, ad Sc. Treb. (XXXV, I); Paulo, III, 4, B. § 2.—Esta condicion, aun indirecta, está igualmente prohibida; si un legado, por ejemplo, es hecho al padre ó al hijo del que debe permanecer célibe. L. 79, § 4, de cond. (XXXV, I). Lo mismo sucede con la prohibicion de contraer matrimonio con una persona determinada, si por circunstancias especiales esta persona hallaba muy difícil su matrimonio. L. 64. § I, de cond. (XXXV, I). La condicion de viudedad, despues de la disolucion del primer matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges ha tenido suertes diversas. Justiniano concluyó por permitirla. V. Sell, páginas 178.

(*b*) L. 8, § I, de usu (VII, 8), L. 5, C. de inst. (VI, 25).

cion de marido como condicion de una recompensa pecuniaria (*c*).

D. Toda pena convencional cuya naturaleza afecte á la libertad que debe existir en materia de matrimonio. Así, una pena para el caso de no verificarse una determinada union (*d*), ó bien, además, el caso del divorcio (*e*).

Segun los términos de muchos textos antes citados podria creerse que toda condicion tendiendo á establecer tocante al matrimonio una influencia interesada, se declara como inmoral; pero no es así, porque las condiciones siguientes están formalmente reconocidas válidas y eficaces. Desde luego, la institucion de heredero ó el legado bajo la condicion de contraer matrimonio en general (*f*), y áun bajo condicion de contraer matrimonio (*g*) ó de no contraerlo con una

---

(*c*) L. 28, pr.; L. 72, § 4, de cond. (XXXV, I) y segun este último texto el motivo principal es que la condicion podia entrañar celibato: «eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nupiis impedimentum inferatur. V. § 119, *t*.

(*d*) L. 71, § I de cond. (XXXV, I); L. 134, pr. de verb. oblig. (XLV, I). «...quia inhonestum vissum est, vinculo pæna matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta.» En la especie de este último texto, la pena debia ser sufrida no por la mujer misma que rehusaba casarse, sino por los herederos del padre que habia estipulado la pena; esta clausura del contrato tambien es declarada ilícita.

(*e*) L. 2, C. de inut.-stip. (VIII, 39). Segun este principio: «Libera matrimonia esse antiquitus placuit.» L. 134, pr. de verb. oblig. (XLV, I), «sive jam contracta» (nota *d*). L. 19, cod. (V. § 122, *g*).

(*f*) Sell. p. 162. Esto resulta de la validez de la condicion siguiente en la cual va envuelta, pero con una restriccion mayor de la libertad.

(*g*) L. 63, § I: L. 71, pr. § I, de cond. (XXXV, I); L. 2. C. inst. (XI, 25). Si el matrimonio viola las conveniencias la condicion no es válida, no solo porque impone una cosa inconveniente sino porque además conduce al celibato de una manera indirecta. L. 63, § I, cit.—Si la persona designada rehusa el matrimonio, la condicion se reputa cumplida (§ 119 *c*). El legado hecho conjuntamente á dos personas con la condicion de que se casen, es una forma particular de este género de disposiones (L. 31 de cond. (XXXV, I).

persona determinada (*h*), si bien el último caso puede aparecer dudoso. Está igualmente permitido, excepto en ciertas circunstancias especiales, prometer dinero á una persona con la condicion de contraer matrimonio (*i*). Sin duda, si se le supone el consentimiento comprado y vendido, el contrato es indigno y, por consecuencia, nulo; pero se puede interpretar la convencion de un modo completamente diverso y que no tiene nada de censurable. Supongamos una mujer pobre que mantiene con su trabajo á sus padres, se hace prometer una suma y la restituye al momento al marido á título de dote, á fin de asegurar su subsistencia en el caso de viudez; en este caso no hay ninguna objecion que oponer á sus cálculos.

Si se comparan tales casos lícitos con los que no lo son, se obtienen los resultados siguientes: las penas convencionales están prohibidas cuando tienen por objeto ejercer presion de alguna manera sobre la libertad, tratándose del matrimonio. Los beneficios pecuniarios pueden ser condiciones válidas del mismo; las prohibidas en absoluto son el celibato, el divorcio y la sumision á la voluntad de un tercero. En los demás casos la apreciacion de la moralidad de la condicion depende de circunstancias particulares. Se ve que, en general, las penas se consideran como más peligro-

---

(*h*) L. 63, pr.; L. 64, pr. de cond. (XXXV, I), excepto el caso mencionado en la nota *a*, segun la L, 64, § I. eod.

(*i*) L. 97, § 2, de verb. oblig. (XLV, I). «Si tibi nupsero decem dare spondes? *causa cognita* actionem denegandam puto: *nec raro* probabilis causa ejusmodi stipulationis est. Item si vir á muliere eo modo non in dotem stipulatus est.» Sell, p. 175, olvída completamente el sentido del texto. Ante todo, no ha fijado su atencion en el valor de la causa cognita que aquí como en otros textos equivale á *nonnisi* causa cognita, es decir, á menos de que resultaran ciertas circuustancias particulares del exámen de la causa. Además Sell considera el caso como comprendido en la prohibicion de las donaciones entre esposos, mientras que aquí se trata de un *datum ob causam*. La regla es la misma para el marido que para la mujer (*item*), esto es, tambien *causa cognita et nec raro*. Las palabras *non in dotem* expresan que no hubiera sido racional poner en duda ó subordinar á una *causa cognitio* la validez de una *dotis stipulatio*, contrato muy frecuente y siempre tan favorable.

sas para la libertad que las proposiciones ventajosas. Esta doctrina, fundada en la observacion general de la naturaleza humana, se justifica además por hechos especiales. Las ventajas pecuniarias como las penas convencionales, no están siempre destinadas á ejercer sobre la voluntad una influencia interesada, sino que á veces sirven como medio para realizar una intencion que es en sí de todo punto irreprochable. Si, por ejemplo, la hija de un pobre ó de un avaro está interesada por un hombre rico, y un testador benéfico puede secundar dichas inclinaciones dejándole un legado considerable bajo la condicion de contraer matrimonio con el pobre ó de no contraerlo con el rico.

II. La condicion impuesta á un legatario de habitar siempre un lugar determinado ó de someter la eleccion de su domicilio á la voluntad de un tercero, está prohibida como una restriccion excesiva de la voluntad humana (*k*). Sin embargo, el patrono puede válidamente imponerla á su manumitido (*l*).

III. Se reputa como inmoral la pena convencional á la cual se somete en el caso en que no se instituye por heredero á una determinada persona (*m*). En efecto, es principio aceptado por todos que cada uno debe conservar hasta su muerte libertad absoluta para disponer de sus bienes de la manera más adecuada á sus intereses y segun las circunstancias.

IV. Finalmente, sostienen muchos autores y con sólidas razones, que la condicion de cambiar ó no de religion es inmoral (*n*). En efecto, una determinacion de este género es puramente un negocio de conciencia, y bajo el punto de vista del derecho no tiene nada de censurable. Pero no se podria

---

(*k*) L. 71, § 2, de cond. (XXXV, I). V. Sell. p. 189.

(*l*) L. 71, § 2; L. 13, § I de cond. (XXXL. I), L. 44, de manum. text. (XL, 4). L. 18, § 1, 2, de alim. (XXXIV, I) y los textos citados, § 119, nota *s*.

(*m*) L. 61, de verb. oblig. (XLV, I).

(*n*) Sell, p. 142, en donde se trata muy bien esta cuestion. Vangerow, Pandekten, I. 110, se declara por la validez absoluta de esta condicion.

sin graves inconvenientes mezclar consideraciones interesadas en una materia que es exclusivamente del fuero interno, y conforme con los principios del derecho romano en casos análogos, declarar inmoral dicha condicion y considerarla, por consecuencia, como causa de nulidad en un contrato y en un testamento como no escrita.

En todos los casos que hasta aquí he expuesto hemos visto los efectos ordinarios de las condiciones inmorales (§ 122). Mas hay otros que presentan diferencias de más de un género, si bien todas relativas á las disposiciones testamentarias y agenas á los contratos.

V. *Conditio jurisjurandi*, es decir, la condicion por la cual el heredero ó el legatario se comprometen por juramento á ejecutar una prestacion. Veamos ante todo lo que sucederia si la condicion fuese válida. Una vez prestado el juramento y cumplida así la condicion, sus efectos jurídicos no pasarian de aquí. El cumplimiento del acto ordenado permanecia á merced de la conciencia del heredero ó del legatario, sin que el derecho preste ningun medio de recurso, y el testador lo ha querido así, pues ha preferido imponer como condicion el juramento de cumplir el acto en vez del cumplimiento mismo del hecho ordenado (*o*).

El edicto del pretor no permite que las cosas queden así, y esto por las consideraciones siguientes: Los hombres ligeros prestarian el juramento y no lo ejecutarian; así la religion se veria lastimada, engañado el testador en su deseo, y vendria á suceder que una conducta indigna traeria como resultado un beneficio injusto. Otros por escrúpulos exajerados renunciarian mejor á todo antes que prestar el juramento (*p*),

---

(*o*) Esto es lo que dice literalmente Ulpiano, L, 8, pr. de cond. inst. (XVIII, 7) al concluir el texto. Así, pues, se engañan los autores cuando ellos ven en el testamento dos condiciones igualmente obligatorias en derecho: una jurar; la otra cumplir el acto ordenado. Thibaut, Pandekten, § 954, III, Sell, p. 235.—La segunda obligacion no resulta del testamento, pero sí de la transformacion artificial de la cual voy á hablar al momento.

(*p*) Esto es lo que dice Ulpiano, L. 8, pr. de cond. inst. (XVIII, 7), Walch, Opusc. I, 188, combate esta asercion por un olvido singular,

y la intencion del testador quedaba del mismo modo sin cumiento. Una vía como ésta abierta á la inmoralidad y las pocas garantías que encontraba el deseo del testador, motivaron la prohibicion de la condicion dicha (*q*). Comenzó el pretor anulando la condicion, reputándola como no escrita (*remittit* prætor conditionem) (*r*); mas si se detenia aquí poniéndole límites, la voluntad del testador, que no tiene nada de censurable, se encontraria tiránicamente violada. Se podia aún considerar directamente el acto como condicion y tal es efectivamente la opinion adoptada por muchos; pero esto seria traspasar la voluntad del testador, porque la ejecucion del acto debería preceder siempre á la adquisicion del dere-

---

como si Ulpiano negara que existiera una tercera clase de personas de una religion que jurasen sin ningun escrúpulo y mantuvieran su juramento. Hé aquí el sentido del texto. Si todos los hombres fueran á la vez ilustrados y religiosos, la *conditio jurisjurandi*, no ofreceria ningun inconveniente. Pero como estas dos cualidades se encuentran difícilmente reunidas, y el legatario puede muy bien no poseer más que una, la condicion está prohibida.

(*q*) De esta regla se han dado frecuentemente falsas explicaciones. Walch., Opusc. I, 191, pretende que segun la doctrina de los estoicos, el juramento era cosa demasiado santa para ponerlo al servicio de los intereses humanos. Pero ¿cómo conciliar tal asercion con la importancia y el empleo tan frecuente entre los romanos del *jusjurandum delatum*, que siempre tenia por objeto un interés pecuniario? Sell, p. 235 dice que seria injurioso para el legatario no estimar suficiente su obligacion respecto al cumplimiento del acto prescrito y añadir por desconfianza la prestacion del juramento. Ante todo, esta obligacion no existe (nota *o*), y aun cuando existiere, la prestacion del juramento no es ofensiva, ni menos implicaria una ofensa mayor que la de una caucion, garantía que el testador podia añadir á la obligacion principal. Sell ha sido inducido á error por las palabras *turpis* y *turpiter* (L. 8, pr. de cond. inst.; L. 20, de cond.); pero tales palabras no implican necesariamente una idea deshonrosa, sino que significan del mismo modo todo cuanto afecte á un interés moral.

(*r*) L. 26, pr.; L. 20, de cond. (XXXVI, I); L. 8, pr.. § I—5. de cond. inst. (XXVIII, 7); L. 29, § 3, de test. mil. (XXIX, I); L. 14, § 1. de leg. 3 (XXXI, un.)—Es sin razon como se refiere al mismo principio la L. 112, § 4, de leg. I (XXX, un.); este texto habla de un juramento escrito por el testador mismo.

cho, lo cual, ciertamente, no lo habia ordenado el testador, y en materia de legados el *dies cedens* comprometia la existencia misma del derecho si se retardaba.

No hizo esto solo el pretor, porque consideró la disposicion como pura y simple (*s*); si se obligaba al heredero ó al legatario á ejecutar el acto que habria debido jurar, ó lo que es igual, se cambiaba la condícion en *modus* (*t*). La ejecucion de la voluntad del testador se encuentra de este modo más garantizada que por el juramento y la moral no corre ningun peligro.

Sin embargo, esto no es en el lugar presente sino un derecho concedido al heredero ó al legatario instituido condicionalmente (*remittit* conditionem). Por lo demás, el juramento no estaba prohibido y su prestacion voluntaria es una *pro herede gestio* (*u*); pero el cambio de la condicion en

---

(*s*) El principio, desconocido por muchos autores (Sell, p. 253), es de una alta importancia. Contenido, desde luego, en estas palabras frecuentemente citadas, *remissa* conditio, está redonocido en la L. 26, pr. de cond. (XXXV, I) y en la L. 8, § 7, de cond. inst. (XXVIII, 7) (V. § 119. *u*); y se halla escrito en la L. 8, § 8, eod. El error procede de dos circunstancias. Desde luego, la palabra *conditio* del § 7, pero que se explica porque el conjunto de la disposicion, era *originariamente* una condicion; además, la L. 8, § 6, eod. no concede al heredero las acciones que nacen de la sucesion sino cuando ha cumplido el acto ordenado por el testador. Este era el único medio de imponer un *modus* á un heredero universal. Además, esta interpretacion se distingue esencialmente de una condicion que tuviera por objeto la ejecucion del mismo acto. Solo se rehusa al heredero el *ejercicio* de ciertos derechos de la sucesion; la herencia mísma se adquiere por completo, y despues de su muerte, pasa á sus herederos. Si se trataba de una condicion, y muere antes de haberla cumplido, sus herederos no reciben cosa alguna.

(*t*) Véanse los tres primeros textos citados en la nota *s*. En ellos se muestra la importancia práctica de la diferencia práctica que existe entre este caso y las condiciones inmorales propiamente dichas que son anuladas por completo.

(*u*) L. 62, pr. de adquir. her. (XXIX, 2); se lee: «si juraverit, heres esto.» Muchos han creido se trataba aquí de una simple prestacion de juramento sin objeto determinado. El jurísconsulto ha omitido, sin duda, el objeto por su poca importancia en este lugar.

modus subsiste siempre; de otra suerte, la medida no tiene objeto y carece de resultados.

La condicion del juramento está, por excepcion (*v*), autorizada en los casos siguientes. Primeramente, cuando una disposicion testamentaria se hace en favor de una ciudad bajo la condicion del juramento, los magistrados municipales son los que deben jurar (*w*). Esta excepcion se funda en que una ciudad no sabria ser ligera ni prudente, y la moralidad de sus magistrados no presenta ningun peligro, pues que ellos no tenian ningun interés personal. Tambien cuando se manumite un esclavo bajo la condicion de una promesa con juramento (*x*). Fúndase la excepcion en que la mayor parte de los actos que pueden ser impuestos á un hombre libre como condiciones, no lo son respecto al esclavo, á causa de su incapacidad de derecho. De otra parte, el juramento prestado por el esclavo no era jurídicamente obligatorio; lo era el prestado por el manumitido (*y*); pero se aceptaba que un sentimiento religioso obligara al esclavo manumitido por su juramento primero, á prestar uno nuevo que diera lugar á una accion en justicia (*z*). De este caso procede, sin duda, la costumbre de exigir un juramento como condicion de una disposicion testamentaria; despues los testadores impusieron esta condicion á los hombres libres, y hé aquí la causa determinante de la prohibicion del edicto.

(*v*) L. 20, de cond. (XXXV, I). «Non dubitamus, quin turpes conditiones remittendæ sint: quo in numero *plerumque* sunt etiam jurisjurandi.» La palabra *plerumque* indica casos excepcionales.

(*w*) L. 97, de cond. (XXXV, I). V. § 92, *n*.

(*x*) L. 12, pr, § I, de manum. test. (XL, 4).

(*y*) L. 36, de man. test. (XL, 4); L. 7. pr. § I, 2, de op. lib. (XXXVIII, I). El manumitido por testamento podia jurar antes ó despues (L. 7, § 2, sit.). En el caso de la *manumissio vindicta*, el juramento, para ser obligatorio debia ser prestado *incontinenti*: L. 44, pr. de lib. causa (XL, 12).

(*z*) Así para la *manumissio vindicta* se empleaba dicha precaucion y se hacia jurar antes al esclavo. L. 44, pr. de lib. causa (XL, 12). La *conditio jurisjurandi* impuesta por testamento, descansaba evidentemente en la misma suposicion.

La interdicion de la *conditio jurisjurandi* se aplica á los testamentos, pero no á los contratos *(aa)*; sin duda, porque cada uno puede asegurarse fácilmente de que las disposiciones morales de aquel con quien trata, quitan todo peligro á la condicion.

VI. La que da á una disposicion testamentaria el carácter de la captacion, está prohibida; pero entonces no se reputa como no escrita, sino que anula por completo la disposicion (*bb*).

VII. Por último, estaban prohibidas antíguamente las disposiciones testamentarias hechas *pœnæ causa*; y, aquí aún la disposicion entera se anulaba, no solo la condicion. Justiniano destruyó la prohibicion (§ 117, notas *l*, *m*, *n*).

§ CXXIV.—III. *Manifestaciones de la voluntad.—Condicion imposible é inmoral.* (Continuacion.)

Réstame que tratar algunas cuestiones cuya solucion es la misma para las condiciones imposibles que para las inmorales.

La primera es relativa al conocimiento que tenga el que la impone de los obstáculos que ella presenta. Se supone de ordinario que él conoce dicho impedimento, y que, sin embargo, le ha dictado. Pero, ¿y si no lo conocia y estaba en un error sobre la naturaleza del hecho condicional? Un error parecido, no es concebible respecto á las condiciones absolutamente imposibles ó inmorales, pero se concibe muy bien si la imposibilidad no es más que relativa; si, por ejemplo, un testador instituye á un heredero bajo la condicion de pagar una suma á una persona determinada, quien, sin saberlo el testador, habia muerto ya en la época del testamen-

---

(*aa*) L. 19, § 6, de don, (XXXIX, 5). Se supone la validez de la condicion, pues se ve simplemente que esto no es una donacion; sino un *datum ob causa*. Sell, p, 245.

(*bb*) Sell, p. 295. La exposicion en pormenor de esta materia entra en el derecho de sucesion.

to. La cuestion ha sido muy controvertida, pero debemos reconocer que la circunstancias del error son aquí indiferentes por el hecho solo de que las fuentes del derecho hablan de las condiciones imposibles, en términos generales, sin atender para nada á esta distincion. Invocaré, además, una analogía notable; cuando en un contrato, no la condicion sino el acto mismo prometido es realmente imposible, el contrato es nulo, aun cuando las partes contratantes hubieran ignorado dicha imposibilidad (*a*). Finalmente, demostraré en la seccion presente que las reglas sobre las condiciones imposibles están tomadas del caso del error.

Todo cuanto he dicho acerca de las condiciones imposibles é inmorales se refiere á las suspensivas; debo mostrar ahora la aplicacion de estas reglas á las condiciones resolutivas, si bien muy brevemente porque el silencio de las fuentes harto nos prueban la poca importancia del asunto; de otra parte la cuestion se promueve solo con ocasion de los contratos (§ 120). Si nos atenemos únicamente á la definicion de la condicion resolutiva como condicion suspensiva respecto á la nulidad del contrato, la imposibilidad destruye esta suerte de nulidad y desde este instante vale como si hubiera sido hecho sin condicion resolutiva. Cualquiera que, en general, sea la evidencia de esta conclusion, la limitacion siguiente no sufre objecion alguna. En efecto, si se trata de una condicion inmoral las partes pueden darle la forma de resolutiva solo para eludir la prohibicion y, entonces, se deben tomar las medidas convenientes para dejar á salvo la moralidad. Si, pues, una persona promete á otra cien libras bajo la condicion resolutiva de que maltrate á un tercero, el contrato es nulo. Pero se le puede dar á dicho contrato la forma de una promesa, bajo la condicion resolutiva de que el mal tratamiento no tendrá lugar. Segun la letra de la regla antes enunciada, la condicion resolutiva desapareceria y la promesa recibiría ejecucion; pero las intenciones de las partes son absolutamente las mismas que si

(*a*) Sell, p. 77, y sig.

hubiesen tomado la forma de la condicion suspensiva: el propósito inmoral no debe obtener recompensa por medio de la donacion, y el contrato se anula por completo.

Finalmente, me resta que resolver, tanto para las condiciones imposibles como para las inmorales, la cuestion más importante. ¿Cuál es la razon de las reglas expuestas antes, y principalmente de esta singular regla en virtud de la que se mantiene como pura y simple la disposicion testamentaria hecha bajo tal condicion? Además, ¿cuál es la razon de la distincion establecida á este respecto entre los testamentos y los contratos? La relacion de ideas que existe en este punto, es la siguiente: las condiciones imposibles se reputaban como no escritas; de otro lado, las condiciones inmorales imposibles para las gentes honradas, exigen que se les aplique el principio que regula las primeras. Esta asociacion de ideas nos llevan insensiblemente al ejemplo mencionado en las fuentes de derecho: *Si digito cœlum tetigerit, heres esto.*

Pero en dicho sistema todo parece inexplicable. Si consideramos desde luego la condicion bajo su aspecto lógico, llegaremos á un resultado opuesto. En efecto, la existencia ó la no existencia del hecho, materia de la condicion, debe determinar la existencia ó la no existencia de la relacion de derecho: tal es la esencia de la condicion. Que esta sea imposible ó llegue á faltar accidentalmente, resulta que la no existencia del hecho es cierta por completo en ambos casos. Ahora bien, dicha identidad que se reconoce de un modo formal en materia de contratos, porque no ha de serlo en lo que toca á los testamentos? Ya Gayo encontraba difícil de razonar la diferencia, quien fiel á las doctrinas de la secta admitía tambien la regla (*b*).

Pero si hecha abstracion de la lógica rigurosa, se mira la

(*b*) Gayo III, § 98: «... diversæ scholæ autores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. *Et sanœ vix idonea diversitatis ratio reddi potest.*» La frase *vix* leida por Blume, conforme con las señales de su manuscrito, y es además evidente segun el conjunto del texto.

cuestion bajo su aspecto práctico, es decir, la intencion verdadera del testador, habremos de creer que al hacer una disposicion semejante no ha obrado sériamente y que antes bien su manifestacion es un simple juego de palabras: esta presuncion es la admitida para los contratos (*c*). No ménos razonable para los testamentos, se encuentra alguna vez expresada formalmente de una manera explícita (*d*). Los proculeyanos querian colocar en la misma línea los testamentos y los contratos (nota *b*): los sabinianos sostenian la opinion contraria que fué adoptada por Justiniano, considerándose de ordinario como una disposicion legislativa introducida en favor de los actos de última voluntad (*e*). Demostraré más adelante en que sentido y hasta que punto puede ser admitida esta esplicacion, pues no puede serlo interpretando directamente dichas palabras tal como de ordinario se hace. En efecto, semejante favor debería tener por objeto proteger la voluntad real del testador contra el rigor de las formas legales.

Para obtener una explicacion satisfactoria es necesario considerar invertida la filiacion de las ideas y reconocer que se ha ocupado desde luego de las condiciones inmorales; que despues de haberlas declarado como no escritas ha aplicado este principio á las imposibles, y que, unas y otras, han sido estimadas como idénticas. Si yo llegase á establecer esta proposicion habria al mismo tiempo resuelto otra dificultad, y es la de comprender cómo los romanos habian consignado en sus testamentos tantas condiciones absolutamente impo-

---

(*c*) L. 31, de oblig. et act. (XLIV, 7) «... quorum procul dubio in hujus modi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea conditione quam sciant esse impossibilem.»

(*d*) L. 4, §I, de statulib. (XL, 7). Esta ley declara que la manumision por testamento es nula en los tres casos siguientes: 1.° Si se refiere á una epoca en la que ciertamente el esclavo no existia; 2.° Cuando se verifica bajo la condicion de pagar *millies* (§ 121, *t*); 3.° O si se debe comenzar á la muerte del esclavo. Hé aquí las últimas palabras de dicho texto: «sic enim libertas inutiliter datur, et ita Julianus scribit, *quia nec animus dandœ libertatis est.*» V. nota *i*.

(*e*) Así es como Sell., p. 38 y siguientes despues de haber intentado muchas explicaciones ingeniosas, concluye por volver la vista hácia el *favor testamentorum*.

sibles, ni que esto fuera para dar importancia á la cuestion; si los antiguos jurisconsultos citan ejemplos, es solo con el objeto de facilitar la inteligencia de la materia. Pero las condiciones inmorales podian, por el contrario, presentarse bajo multitud de formas, y de aquí el interés práctico en establecer reglas que más tarde se hubieron de completar extendiéndolas á las condiciones imposibles.

Examinemos ahora las condiciones inmorales en sí mismas, prescindiendo de la ficcion que declara como imposibles los actos inmorales. Lo primero que hallamos, y lo más evidente, es que la condicion no debe producir resultados, porque lo contrario seria fomentar el mal moral; pero este fin puede alcanzarse por dos medios diversos, bien que se anule la transacion totalmente, bien que reputemos como no escrita la condicion, quedando la transacion reducida á un hecho puro y simple. Justiniano, de acuerdo con los sabinianos, adoptó el primer medio para los contratos y el segundo para los testamentos. Procuremos esclarecer la razon de esta diferencia.

Tratándose de los contratos, la regla se funda en que separar la condicion de la promesa seria, en la mayoría de las ocasiones, ir evidentemente contra la voluntad de las partes. Desde el momento en que una persona promete cien libras por la perpetracion de un delito, y quitamos la condicion del contrato, este se convierte arbitrariamente en una donacion, contrariando sin duda las intenciones del que hizo la promesa. Debiendo añadir que esta decision seria injusta en sí porque aseguraria un beneficio á la otra parte, por más que fuera cómplice de la inmoralidad. Aun en el caso en que por una combinacion de circunstancias extraordinarias las partes hubieran hecho el contrato independientemente de la condicion nada pierden, porque son libres siempre retirando la condicion.

Respecto á los testamentos no acontece así. El testador tiene sin duda la intencion de disponer de sus bienes, cada institucion de heredero, cada legado, entran como parte integrante en este repartimiento general y voluntario. Cuando una disposicion semejante nos aparece hecha bajo condicion inmoral, si es cierto que el testador ha querido causar un mal moral, es muy probable que independientemente de la condicion él habria instituido heredero ó legatario, pues de esto

se ocupaba, en tanto que para los contratos la promesa se hacia únicamente en vista del acto inmoral (*f*). Es verdad que se ignora si era esta en efecto la voluntad del testador, ó si no pudiendo conseguir el fin inmoral habria dejado de hacer dicha disposicion; más precisamente, para tales casos es para los que se ha establecido la regla relativa al mantenimiento de los actos de la última voluntad (*g*), pudiendo admitir solo con esta restriccion el favor concedido á los testamentos, bien que en realidad no haya aquí privilegio alguno, porque la misma regla general de interpretacion existe tambien para los contratos (*h*). Aun suponiendo equivocada la presuncion en ciertos casos, no tiene al ménos, como para los contratos, el inconveniente de recompensar á una persona indigna, pues el heredero ó el legatario son inocentes de la condicion impuesta, y si la voluntad del testador fuera negada aquí la falta solo á él es imputable. Si, por el contrario, la presuncion es fundada, no hay otro medio de realizar la voluntad del testador, pues que no puede renovar su disposicion dándole una forma nueva, facultad que no desaparece nunca tratándose de los contratos.

Las condiciones inmorales así reguladas se asimilan á las imposibles que tienen con estas una conexion lejana. Es indudable que las consideraciones anteriores no se aplican á las condiciones absolutamente imposibles ó imposibles de he-

---

(*f*) Se supone, pues, que el testador ha tenido presente el pensamiento que expresa la L. 2, § 7, de don. (XXXIX, 5) redactado del modo siguiente con motivo de una donacion: «si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis, quam conditio dandæ pecuniœ, existimari debebit.»

(*g*) L. 24, de reb. dub. (XXXIV, 5). «Cum in testamento *ambigue*, ant etiam perperam, *scriptum est*: benigne interpretari, et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est.» Esta regla se aplica perfectamente al caso de que hablamos.

(*h*) L. 80, de verb. oblig. (XLV, I). «Quotiens in stipulationibus *ambigua oratio est*, commodissimum est id accipí, quo res, qua de agitur, in tuto sit.»

cho; pero ya he advertido que este caso era muy raro y demasido poco importante para que se dictaren sobre él disposiciones especiales. No sucede lo mismo con la imposibilidad relativa; si el testador la conoce el caso se asimila al de la absoluta, porque se supone siempre el capricho de jugar con las palabras en un acto tan sério. Pero si la desconoce y dice, por ejemplo, instituyo á Gayo por mi heredero cuando haya edificado una casa á Seyo (suponiendo que despues de la redaccion del testamento Seyo ha muerto sin que la noticia llegara á conocimiento del testador), la mayor parte de los argumentos presentados á propósito de las condiciones inmorales se reproducen aquí, y áun algunos con mayor fuerza. En efecto, se puede decir con más razon todavía: el testador ha querido dos cosas independientes entre sí, que Gayo fuese su heredero y que Seyo tuviese una casa construida á expensas del primero. Podia alcanzar el último de dichos fines por un medio más sencillo, el legado; y si ha escogido la condicion como más rápido y eficaz, no resulta de ningun modo de su eleccion que en la imposibilidad de conseguir el segundo fin, hubiera tambien renunciado al primero.

Una vez admitidas dos reglas diferentes, la una para los contratos, la otra para los testamentos, y que para estos se sometieren á la misma ley las condiciones relativamente imposibles y las inmorales, era muy natural admitir tambien las condiciones absolutamente imposibles, por lo demás poco importantes en la práctica. Se encontraria la ventaja de simplificar las fórmulas y de dar al principio una base más ámpla: la suerte de ciertas disposiciones extraordinarias dictadas por el capricho de algunos testadores, no presenta sino un interés secundario.

En apoyo de esta explicacion de los principios del Derecho romano sobre las condiciones imposibles en los testamentos, citaré las siguientes consideraciones:

1.ª Desde el momento en que una condicion colocada por los términos del acto con relacion al tiempo pasado ó al presente llega á faltar, no se reputa como no escrita ni anula el acto (§ 121, *p*. Sin embargo, aquí, como en el caso de la condicion imposible, todo estaba decidido de antemano, siendo necesario buscar los motivos de regla tan especial, y encontrándolos precisamente en la falta de afinidad íntima que existe entre las condiciones imposibles y las inmorales.

2.ª Justiniano permitió en general el *legatum pence nomine*, prohibiéndolo por excepcion cuando bajo esta amenaza el heredero se sometia á una condicion imposible ó inmoral (§ 122, *h*, *i*). La no ejecucion de un acto imposible es cosa absolutamente necesaria, y desde el momento en que sucedia así habia que declarar el legado puro y simple (§ 121, *g*); pero como la voluntad inmoral exigia represion (§ 122) la condicion imposible gozaba la misma suerte que la inmoral.

3.ª Independientemente de la condicion imposible tenemos el término imposible (*dies imposibilis*). La falta de vencimiento era tan cierta como la del cumplimiento de la condicion imposible, procurándose desde este instante ver una fijacion de término parecida reputada como no escrita y mantenida la disposicion principal. Pues bien; vemos precisamente lo contrario. El acto se anula porque el establecimiento de un término imposible se considera como una prueba de que este acto no tiene nada de sério (*i*). La aparente inconsecuencia que aquí resulta se explica por la falta de afinidad entre el término imposible y la condicion inmoral, y por esto no hay razon para privar á la decision de lo que es en ella más sencillo y natural. Si el favor concedido á los actos de la última voluntad era el único motivo por el cual la condicion imposible se consideraba como no escrita, dicho motivo se aplicaria del mismo modo al término imposible.

Queda ahora que examinar los principios adoptados por las legislaciones modernas respecto á las condiciones imposibles é inmorales insertas en los testamentos.

El Código civil francés reproduce los principios del Derecho romano, y declara como no escritas las condiciones im-

---

(*i*) V. § 126, *i*, *k*, *l*, y sobre todo, L. 4, § I. de statulib. (XL, 7) del que he dado el extracto nota *d*. Por lo demás, se explica por qué dice en medio del texto que la condicion: *si heredi millies dedisset*, hace la manumision nula (§ 121, *t*). Esta division entra evidentemente en la doctrina de los proculeyanos y no está en armonía con la legislacion de Justiniano; pero escapó á la perspicacia de los redactores porque se encontraba colocada entre dos divisiones relativas al *dies* imposibilis y ambas conformes al derecho Justinianeo.

posibles é inmorales áun para las donaciones que, bajo muchas relaciones, asimila á los testamentos (*k*).

El código prusiano ha tomado un término medio. Las condiciones imposibles escritas en un testamento hacen nula la disposicion (*l*); las condiciones inmorales se reputan como no escritas (*m*).

El código austriaco adopta por completo la doctrina de los proculeyanos, y declara nulas las instituciones de heredero ó los legados hechos bajo una condicion imposible ó inmoral (*n*).

§ CXXV.—III. *Manifestaciones de la voluntad.—Fijacion de término.*

Una segunda especie de restriccion que la voluntad puede á sí mismo imponerse (§ 114) es el establecimiento de un término (*dies*), es decir, un límite que consiste en el tiempo impuesto á la eficacia de la relacion de derecho.

Dicho término puede establecerse como la condicion y referirse al principio ó al fin de la relacion jurídica: en el primer caso se dice que el plazo es *in diem* ó *ex die* (*a*); en el

---

(*k*) Código civil, art, 909.—Los contratos, distintos de las donaciones, están sujetos naturalmente á una regla diversa, art. 1172; los jurisconsultos franceses tachan de inconsecuente la disposicion sobre las donaciones y muchos aun la censuran aplicada á los testamentos. Maleville, acerca del art. 900. Toullier, Droit Civil, t. V, § 247.

(*l*) A. L. R. Th. I, tít. IV, § 129-132, tít. XII. § 504.

(*m*) A. L. R. tít. XII, § 63 (V. tít. V, § 227).

(*n*) Oesterreich. Gesetzbuch, § 698 (V. § 897).

(*a*) *Ex die.* C. 36, de cond. indeb. (XII, 6); L. 34, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 44, § I , de O. et. A. (XLIV, 7). *In diem.*, §, 7, de verb. obl. (III, 15); L. 3, 15, 46, pro de V. O. (XLV, I); L. 213, pr. de V. Sc. L. 16); L. 16, pr. de her. pet. (V. 3); L, 43 de j. dot. (XXIII, 3); L. 22 de cond. inst. (XXVIIÍ, 7); L. 27, qui et a quib. man. (XL, 9); L. 22, de O. et A. (XLIV, 7).

segundo *ad diem* (*b*); pudiéndose llamar al uno término *primordial* y término *final* de la relacion de derecho al otro. Hablemos ante todo del primero de ellos.

Toda fijacian de un plazo se refiere necesariamente al porvenir, porque no podemos determinar sino para el tiempo futuro; pero el porvenir puede estar marcado por un punto fijo en el curso general é invariable del tiempo (un dia del año) (*c*) ó de una manora relativa, por un acontecimiento futuro (§ 116), y el dia del año puede considerarse como acontecimiento, es decir, como llegada del dia marcado; de modo que las dos restricciones frecuentemente se confunden. Pero como el término y la condicion están sometidos á reglas por completo diversas, es indispensable establecer entre ambas clases de restricciones una línea cierta de demarcacion. No se podria conseguir esto fijándose sólo en las frases empleadas en los actos, porque aun cuando hay expresiones técnicas que diferencian ambos casos, que de ordinario se les vé tambien confundidas frecuentemente (*d*); hé aquí su verdadera línea de separacion: la condicion se refiere á un acontecimiento incierto (116), y el establecimiento de un término á uno cierto y positivo. En efecto, todos los dias del año, aun cuando no hayan trascurrido, son ciertos; muchos acontecimientos lo son tambien y especialmente la muerte para cada

---

(*b*) L. 34, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 44, § I, de O. et A. (XLIV, 7). El último texto expresa tambien la misma idea por in diem: «nam vel ex die incipit obligatio, aut *confertur in diem.*» y en el mismo sentido añade inmediatamente; «*Ad diem* autem.»

(*c*) Esto es tambien posible de dos modos: inmediatamente, v. g., el 1.° de Marzo de 1840, ó mediatamente, por ejemplo, en un año, suponiendo celebrado el contrato el 1.° del mismo mes del año anterior; porque el punto de partida, el dia del contrato es cierto y conocido. Del mismo modo tambien: «tres años despues de mi muerte,» porque hasta la época en que el testamento se cumpliese, el dia de la muerte habrá de ser necesariamente conocido con toda certeza.

(*d*) Los romanos empleaban á este efecto particulas diferentes: *si* para la condicion, *cum* para el *dies*. Pero los antiguos jurisconsultos mismos reconocian la sinonimia de estas expresiones. L. 45, § 3, de V. O. (XLV, I).

individuo determinado. Si, pues, el principio de una relacion de derecho se subordina á la muerte de una de las personas interesadas ó de un tercero (*cum morietur*), la cláusula, vista la certidumbre de esta muerte, no vale como condicion sino como *dies*, existiendo sobre el sentido de dicha cláusula una regla especial en virtud de la cual hay que entender siempre el último instante de la vida, ó sea el que precede inmediatamente á la muerte (*e*). Tal fijacion de término relativa tiene todavía un elemento incierto, la relacion del acontecimiento al curso general é invariable del tiempo, que es lo que los autores modernos llaman la *quœstio quando*, la cual no es ménos diversa esencialmente que la condicion.

Por el contrario, todo hecho incierto es por su naturaleza una condicion verdadera, aun cuando los términos empleados para designarlo tuvieran la apariencia de la fijacion de un término cierto. El que por ejemplo promete alguna cosa «en el dia de su matrimonio» promete realmente bajo la condicion deque se casará, siendo así qne la redaccion sola le dá la apariencia de un *dies*. Algunas veces suele estar tambien unido el término á la condicion: supongamos que ha nacido un individuo el dia 1.° de Marzo de 1825, y que se le promete una cosa «para cuando llegue á la mayor edad;» lo cual quiere decir el 1.° de Marzo de 1850 «si para entonces vive(*f*).»

(*e*) Porque morir es un acto para el que solo es capaz una persona viva. L. 18, § I; L. 61 de man. test. (XL,4); L. 107, § I, de leg. I (XXX, un.); Gayo II, § 233; III, § 100. La importancia de la regla la veremos pronto en sus diversas aplicaciones.

(*f*) L. 23, pr. quando dies (XXXVI. 2): «quoniam *non solum* diem *sed et* conditionem hoc legatum in re continet.» Aquí, pues, ambas clases de restriccion se hallan efectivamente unidas. Como ejemplo de una condicion expresada bajo la forma de *dies* se puede citar entre los romanos el caso tan importante en que se instituia heredero sea á un *Latinus Junianus*, sea á un célibe en la época de su capacidad, es decir, bajo la condicion de esta capacidad. C. 32, pr. de her. inst. (XXVIII, 5); L: 21 de leg. (XXXI. un.) Sin esta interpretacion favorable el llamado hubiese perdido el legado ó la sucesion á ménos que no hubiese adquirido la capacidad cien dias ó más despues de la muerte del testador (Ulpiano XVII, § I). Por lo demás, podia adquirir dicha capacidad aun muchos años despues, porque la condicion impide que la herencia se defiera antes de su cumplimiento.

Resultan aquí cuatro combinaciones posibles por lo que toca al establecimiento de un término, segun las expresiones que se emplean, combinaciones qne los autores modernos reasumen del modo siguiente:

Dies certus para la *quœstio an, certus* para *quando.*

Dies certus para la *quœstio an, incertus* para *quando.*

Dies incertus para la *quœstio an, certus* para *quando.*

Dies incertus para la *quœstio an, incertus* para *quando.*

Respecto al primero y al cuarto caso la designacion no es dudosa; para el segundo y el tercero se emplea, á causa de su naturaleza mixta, ya *certus*, ya *incertus dies*. Parece ser, sin embargo, que los antiguos jurisconsultos preferian la última frase, y que por *certus dies* entendian de ordinario el dia del año (nota *h* y *k*, 126, *c*, *e*, *h*).

Los casos tercero y cuarto no son, dada la incertidumbre del acontecimiento fijacion de término, como he dicho, sino verdaderas condiciones, á las cuales una expresion inexacta podrá á lo sumo dar la apariencia de un *dies*: respecto al cuarto caso, se reconoce esto por todos (*g*). La misma regla se aplica al tercero, y así, por ejemplo, el legado subordinado á la pubertad ó la mayor edad de un tercero es un legado condicional (*h*). Sin embargo, esta regla sufre una excepcion natural cuando resulta evidentemente que el testador ha dictado dicha cláusula solo en interés del legatario y no como condicion de su derecho; entonces el legado se considera como puro y simple y la cláusula una fijacion de un dia del año designado de un modo indirecto, es decir, con relacion á un acontecimiento que, por su naturaleza, podia de otra parte llegar el caso de que no se efectuase. (*i*). El elemento de

---

(*g*) Así, por ejemplo: «cuando un individuo se case obtendrá un empleo.» L. 21, pr. quando dies (XXXVI. 2); L. 56, de cond. indeb. (XII, 6); L. 8, C. de test. manum. (VII, 2).

(*h*) L. 21, pr.; L. 22, pr. quando dies (XXXVI, 2); L. 36, § I, de cond. (XXXV, I); L. 49. § 2, 2, de leg. I (XXX, un,) En el primero de los textos citados tal dia se llama dies *incerta*.

(*i*) L. 46. ad Se. Treb. (XXXVI, I); L. 5, C. quando dies (VI, 53); V. L. 18, § 3 de alim. leg. (XXXIV, I) (§ 119. 5) y Averanius, Interpr. II,

certidumbre contenido en el tercer caso obra aquí excepcionalmente, no porque se desconozca su naturaleza ó se la entienda forzadamente, sino porque las circunstancias permiten interpretar la voluntad real del testador, que siempre es la ley suprema (§ 118, *a*). En un solo caso, cuando se trata de manumisionés testamentarias, la presuncion se admite independientemente de circunstancias (§ 119, *q*): la excepcion se funda en el favor concedido especialmente á la libertad.

Despues de haber eliminado los casos en los cuales la apariencia de un *dies* oculta una condicion verdadera, me restan por examinar aquellos en que el *dies* existe realmente, es decir, en que la extension de la relacion jurídica se limita por lo que toca al tiempo por un dia del año ó por un suceso que ha de realizarse forzosamente.

CXXVI.—III. *Manifestaciones de la voluntad. Fijacion de término.*—(Continuacion).

I. La restriccion de las relaciones jurídicas por un dia fijo, de la cual hablaré desde luego, significa que el derecho mismo se adquiere, pero que su ejercicio queda en suspenso hasta que llega el dia marcado. Una disposicion semejante no tiene la menor oscuridad para aquel á quien aprovecha; pues no solo conoce la existencia del derecho, sino tambien su valor é importancia, pudiendo por medio de un cálculo de descuento, apreciar su estimacion actual y procurarse el goce inmediato de este valor enagenando su derecho. Aun cuando no pudiese sobrevivir al plazo por estar muy lejano (*a*), esta

---

16, Num. XII y sig. Es natural admitir esta interpretacion favorable cuando un testador dispone en favor de sus hijos y en materia de fideicomisos siempre tratados más libremente, sobre todo en el antiguo derecho.

(*a*) Así, por ejemplo, un contrato que tuviera por objeto el pago de una cantidad en cien años. L. 46. pr. de X, V. O. (XLV, I).—Un legado pagadero cien años despues de la muerte del testador; L. 71. pr. quando dies (XXXVI, 2).

circunstancia en nada quita eficacia ni incertidumbre á la disposicion, porque no impide al que de ella se aprovecha formar sus cálculos para el porvenir.

Ahora necesito hacer aplicacion de estos principios fundamentales á las principales relaciones de derecho en que un dia determinado puede figurar como término.

A) Dicha especie de restriccion es inaplicable á las instituciones de heredero, porque despues de la muerte no puede haber ningun intervalo durante el cual el difunto no esté representado, y nunca se pasa de la sucesion legal á la testamentaría. Por esto es por lo que una restriccion parecida se reputa como no escrita, y el derecho del heredero comienza inmediatamente despues de la muerte (*b*). Puede parecer singular la disposicion cuando la condicion se admitiese como válida siendo todavía incierta; pero es necesario considerar que la condicion cumplida se remonta al dia de la muerte (§ 120), y que, además, aplicando este principio al *dies* se obtiene precisamente el mismo resultado que declarándola no escrita.

B. El dia determinado se aplica á los legados sin ninguna dificultad, y por tanto, el derecho se adquiere el dia de la muerte (*dies cedit*) y el goce solo es diferido (*dies venit*). El carácter excepcionalmente personal de toda sucesion proveniente de una muerte (§ 118) no opone aquí ningun obstáculo, porque el legado es una cosa cierta de la cual el legatario puede disponer aun cuando todavía no la hubiere gozado.

C. La eficacia de esta clase de restriccion es aún menos dudosa con relacion á los contratos.

II. La fijacion de un término subordinado á un acontecimiento cierto, es decir, que debe necesariamente verificarse, tiene para quien lo aprovecha un carácter de todo punto diferente, pues el valor actual y la extension del derecho permanecen indeterminados, sin que quepa hacerle entrar en combinacion de clase alguna para el porvenir. En los testamentos la naturaleza esencialmente personal de las sucesio

---

(*b*) § 9, 7, de her. inst. (II, 14); L. 34, de her. inst. (XXXVIII, 5).

nes § 118) hace se considere como predominante este elemento, la incertidumbre, trasformando el *dies* en condicion, la de sobrevivir á una época determinada (*c*). En los contratos en donde el carácter de personalidad no existe, la disposicion accesoria continúa siendo lo que es efectivamente, un *dies*, mientras el contrato no es condicional.

A. Así, pues, para una institucion de heredero tal fijacion de término se cambia en la siguiente condicion: «si el heredero instituido sobrevive al acontecimiento (*d*).»

B. En general la misma decision se aplica á los legados. El legado es condicional en el sentido de que el legatario debe sobrevivir al hecho; si muere antes no trasmite nada á sus herederos (*e*). Hay solo excepcion cuando la condicion es de tal naturaleza que el legatario debe vivir necesariamente entonces, que es lo que sucede cuando el término del legado es la muerte misma del legatario (*cum ipse morietur*), porque por esto se entiende el momento que precede inmediatamente á la muerte (§ 125). En este caso el legado es *purum* y se adquiere irrevocablemente á la muerte del testador (*f*). Si se

---

(*c*) L. 75, de cond. (XXXV, I): «Dies incertus conditionem in testamento facit.» Las palabras *in testamento*, demuestran que en este caso existe para los contratos una regla distinta. Así debemos limitar el texto al caso expresado y no extenderlo á los acontecimientos realmente inciertos que en los contratos pueden figurar tambien como condiciones. Se ve además que en este texto dies *incertus* se aplica á un acontecimiento cierto, pero cuya época no está determinada.

(*d*) L. 9, C. de her. inst. (VI, 24).

(*e*) Así, por ejemplo: heres cum morietur dato. L.I, § 2; L. 79, § 1, de cond. (XXXV, I); L, 12, § I, de leg. 2 (XXXI, un.); L. 4, pr.; L. 13. in f. quando dies (XXXVI, 2). En los casos primero y tercero de los textos citados, á un dia análogo se le llama tambien *incertus*. Lo mismo sucede cuando el legado se subordina á la muerte de un tercero. Pero si el testador decia «cum ipso moriar,» el legado no seria válido, porque nadie puede por testamento disponer para antes de su muerte y sí solo *post mortem*: en tal caso la manumision solo se mantenia como un favor especial. L. 18, § I de man. test. (XL, 4). Segun el espíritu del derecho Justiniano se debe, sin duda, aun en materia de legados, rechazar la palabra impropia é interpretar el testamento como si digere *post mortem meam*.

(*f*) L. 79, pr. de cond. (XXXV, I); L. 4, § I, quando dies (XXX, 2).

quisiera ver aquí una condicion, el resultado seria el mismo, porque tendríamos una condicion necesaria que haria el legado puro y simple (§ 121, *g*). Dicha decision no es de ningun modo una vana sutileza, sino que tiene una significacion real y práctica; porque si bien el legatario no es, ciertamente, el llamado á recoger el legado, puede, al ménos, hacerle entrar con certeza en sus disposiciones testamentarias que para él ofrecen un poderoso interés.

C. Una disposicion parecida no hace el contrato condicional y la restriccion se considera como *dies*. La incertidumbre sobre el valor actual del derecho no presenta aquí ningun obstáculo, porque existe en todos los contratos aleatorios sin que por ello sean necesariamente condicionales.

La influencia práctica de dicha regla se muestra en la *condictio indebiti*. Así es de rigor que no se puede repetir el pago de una deuda hecho antes del vencimiento del término, pero que si cabe repetir cuando se trata de una deuda condicional hecha antes del cumplimiento de la condicion (*g*). Ademas, una deuda subordinada á un acontecimiento cierto tiene todo el carácter de una deuda á plazo ó término y no condicional; no puede, pues, repetirse aun cuando el pago hubiera tenido lugar antes de verificarse el hecho (*h*).

(*g*) L. 10; L. 16, pr.; L. 56, de cond. ind. (XII, 6). Es inútil decir que para una deuda condicional la *condictio indebiti* cesa desde que la condicion se cumple. L. 16, pr. cít. (nota *h*).

(*h*) Hé aquí el encadenamiento que guarda el texto decisivo: L. 16, pr. de cond. (XII, 6). «Sub conditione debitum, per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur: conditione autem existente repeti non potest.—§ I, Quod autem (Hal. *etiam*) sub incerto die debetur, die existente non repetitur.—L. 17. Nam si *cum moriar* dare promisero, et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait: quæ sententia vera est.» De las tres decisiones la primera y la tercera no son dudosas. La primera se refiere á la condicion, la tercera á un acontecimiento cierto, y como en este caso la condicion se niega á pesar de la anticipacion del pago, la decision del texto se halla justificada: en efecto, si la condicion se me rehusa, no soy evidentemente uno que va á morir porque entonces no podría intentar una accion. La segunda decision (§ I) promueve dudas á causa de la doble significacion de *incertus dies*.

Si la observancia del término primordial es imposible, es un caso que se trata de la manera más natural y sin modificaciones positivas. La relacion de derecho no comienza, es decir, no se realiza, aplicándose la regla lo mismo á los contratos que á los testamentos. Así, pues, se distingue entre el término y la condicion causa de distincion que he expuesto antes (§ 124).

La imposibilidad se funda á veces en la naturaleza del acto que forma el objeto de la relacion de derecho; si, por ejemplo, alguno promete ir á Alejandría inmediatamente antes de su muerte (*cum morietur*) (*i*). En ocasiones descansa tambien en la naturaleza del derecho mismo; hé aquí algunos ejemplos: un usufructo constituido para el tiempo que precediera inmediatamente á la muerte del usufructuario seria imposible, porque antes de comenzar el momento siguiente no habria existido (*k*). Tal es tambien la libertad

---

Cujas, obs. XIII, 20 en la palabra *autem* identifica este caso con el tercero (L. 17) y corrige así el § I, *pendente* ó *non existente*, concesion de todo punto inadmisible. La diccion de Haloander, *etiam*, destruye la interpretacion de Cujas, y el *nam* de la L. 17 no expresa la confirmacion del § I, pero indica oposicion. Hé aquí, pues, el órden y la série de las ideas. L. 16, § I, «se asimila á la condicion un día de todo punto incierto (por ej., *si nupsera*) y desde este momento tiene lugar la condicion en tanto que el dia no ha llegado» L. 17. «Pero si se trata de un dia cierto, v. g. *cum moriar*, entonces solo se puede decir que la condicion es inadmisible aun cuando hubiere sido efectuada antes de dicho dia.»

(*i*) L. 46, § I, de V. O. (XL V, I). Se podria objetar que el que muere no es capaz de pagar una suma. Pero este acto momentáneo no es absolutamente imposible, y en todo caso, puede ser efectuado por el heredero sin perder su valor ni cambiar de carácter, en tanto que el viaje prometido es un acto personal. Si el prometido en el momento de la muerte sin ser personal exige tiempo, por ejemplo, la construccion de una casa, acto que el heredero solo podia cumplir, la estipulacion es nula; pero Justiniano la autorizó como la *post mortem*, L. 15, C. de contr. et comm. stip. (VIII, 38).

(*k*) L. 51, de usufructu (VII, 1); L. 5, de usu et usufr. (XXXIII, 2).— El usufructo puede además constituirse *ex die*, al menos por legado; en cuanto á los otros modos de constitucion, la cuestion era dudosa en

dada por testamento á un esclavo para la época de la muerte ó para un plazo tan lejano que no exista ya cuando se cumpla (*l*); pues la libertad no tiene valor sino en el caso de gozarla personalmente, en tanto que el dinero ó cualquier otro valor en cambio puede trasmitirse á los herederos, y desde este momento cabe admitir un término semejante. Por último, han de referirse aquí las antiguas prohibiciones de estipular, debiendo ejecutarse *post mortem* del acreedor (*m*), ó la de dejar legados *post mortem* del heredero (*n*); prohibiciones abolidas por Justiniano (*o*).

La fijacion de un término inmoral es imposible, porque toda inmoralidad supone un acto libre, que antes de verificarse es siempre incierto: además, los verdaderos términos descansan siempre en acontecimientos ciertos.

§ CXXVII.—III. *Manifestaciones de la voluntad.—Fijacion de término.*—(Continuacion).

Voy á ocuparme ahora del término final (*ad diem),* que tiene mucha afinidad con la condicion resolutiva. Es necesario relacionar ambas instituciones para exponer conve-

---

razon de sus formas especiales (Fragm. Vat. § 49, 50), pero en el nuevo derecho estas dificultades no subsisten.

(*l*) L. 4, § 1, de statu lib. (XL; 7); L. 17, pr.; L. 61, pr., de man. test. (XL, 4); L. 107, § I, de leg. I (XXX, un.). Sobre la L. 4, § I, cit. V. § 124, *d*, *i* y § 121, *t*.

(*m*) Gayo III, § 100.—La estipulacion «*cum* moriar» ó «*cum* morieris» parece haber estado siempre permitida § 15, f. de inut. stip. (III, 19); Fragm. Vat. § 98; L. 20; L. 76, de j. dot. (XXIII, 3); L. 67, § 6, de leg. 2; L. 32. pr. ad L. Falc. (XXXV, 2); L. 45, § I, 3; L. 121, § 2, de V. O. (XLX, I); L. 4, C. de contr. et comm. stip. (VIII, 38). El único texto contrario, el de Gayo III, § 100, podria bien no ser otra cosa que una falsa locucion. Hushke, Studien, I, 279.

(*n*) *Post mortem* estaba prohibído, *cum heres morietur* era permitido. Gayo II, § 232; Ulpiano XXIV, § 16, En materia de fidelcomiso la cláusula *post mortem* se permitia igualmente. Gayo II, § 277; Ulpiano. XXV, § 0.

(*o*) § 13, J. de inut. stip. (III, 19); L. II. C. de contr. et comm. stip. (VIII, 38).—§ 55. J. de legatis (II. 20); L. II, C. cit.

nientemente lo que me he reservado añadir sobre la condicion resolutiva (§ 120). Paso á examinarlas en su aplicacion á las relaciones más importantes de derecho.

A. La institucion de heredero no puede ser sometida á una condicion resolutiva ni á un término final: toda disposicion de este género se reputa como no escrita (§ 126, *b*); lo cual se funda en la regla de que una vez adquirida la herencia lo es para siempre (*a*). Este principio perdió gran parte de su importancia desde la introduccion de los fideicomisos, porque el testador podia alcanzar su fin obligando al heredero instituido á dar bajo una condicion suspensiva ó despues de un cierto plazo la sucesion al heredero de sangre.

B. El antiguo derecho prohibia igualmente someter los legados á una condicion suspensiva ó á un término final, lo cual podia efectuarse de dos modos:

1.° Si se trataba de un *damnationis legatum* en que el legatario hubiese olvidado interponer su accion en el plazo marcado, la obligacion del heredero no se destrnia por esta especie de prescripcion (*b*); bien es verdad que desde el tiempo de los jurisconsultos clásicos hubo sin duda una *exceptio doli* contra la demanda tardía del legatario, como se decia expresamente para las estipulaciones (nota *f*).

(*a*) L. 88, de her. inst. (XXVIII, 5): «... cum autem semel heres exstiterit servus, non potest adjectus efficere, *ut qui semel exstitit, desinat heres esse.* » L. 3, § 2 de liberis (XXVIII, 2): «... hujusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post adictam hereditatem voluit eum summotum *quod est imposibile.*» L. 3, § 10, de minor. (IV, 4): «... sine dubio *heres manebit, qui semel exstitit.*» Finalmente, la L. 15, § 4, de test. mil. (XXIX, I) asienta la regla contraria como un privilegio especial de los soldados. Los autores modernos expresan tambien este principio *semel heres, semper heres.* En cuanto á la prohibicion de la condicion resolutiva no hay controversia. Solo algunos autores modernos han pretendido que se debia trasformar artificialmente la condicion dicha en suspensiva contraria y mantener así la voluntad del testador. Es una opinion que no se puede sostener. V. Sell p. 284, y los autores que cita.

(*b*) L. 55, de leg. I, (XXX, un.): «... nec tempore... aut conditione *finiri obligatio heredis* legatorum nomine potest.»—L. 44, § I, de O. et A. (XLIV, 7): «... Placet enim ad tempus obligationem constitui non posse: *non magit, quam legatum.*»

2.° Si el *damnationis legatum* se habia ya recibido, ó si se trataba de un *vindicationis legatum*, el cumplimiento de la condicion ó la terminacion del plazo no hacia que se restituyese el legado al heredero. No procedia esto únicamente de que se emplease una forma defectuosa por el testador, porque el legatario no podia por sí mismo ser el encargado de un legado, y la restitucion ordenada habria obtenido dicho resultado (*c*): la introduccion de los fideicomisos borró esta última prohibicion (*d*). Si, pues, la vuelta al heredero no se verificaba, procedia esto de un vicio de forma, porque el testador podia solo alcanzar su objeto empleando los términos sacramentales de los fideicomisos. Justiniano se mostró tambien consecuente ordenando que este vicio de forma no podia nunca perjudicar, y que para la interpretacion de un legado semejante hecho bajo condicion ó con término fijo, la vuelta al heredero seria considerada como fideicomiso (*e*).

C. Para los contratos estaba igualmente prohibido someter la obligacion á una condicion ó al establecimiento de un término cuya regla era de igual manera susceptible de las dos aplicaciones que he considerado con motivo de los legados.

1.° Si alguno prometia un pago con la cláusula de que despues del cumplimiento de una condicion ó de la espiracion de un plazo la accion estaba anulada como por una especie de prescripcion, aun despues de espírado el término, la accion se admitia siempre. Sin embargo, se admitió por consecuencia una *doli* ó *pacti exceptio* contra el rigor perjudicial de la voluntad de las partes (*f*).

2.° Si el contrato se habia redactado con la cláusula de que el vencimiento ó una condicion entrañaban la vuelta de la cosas dadas, dicha devolucion no tenia lugar. Aquí se em-

---

(*c*) Ulpiano, XXIV, § 20; Gayo II, § 271.

(*d*) Gayo II, § 271.

(*e*) L. 26, C. de legatis (VI, 37) que se aplica evidentemente á la condicion resolutiva como el *dies*. V. Sell p. 258. Aquí como en otras partes, Justiniano descartando el rigor de las formas del antiguo derecho, fué más lejos para los legados que para la institucion de heredero, lo cual no estaba exento de motivo.

(*f*) Para la *obligatio ad diem* se cita el § 3, 7, de V. O. (3, 15); L. 5J, § 4, de V. O. (XLVI, I); L. 44, § I, de O. et A. (XLIV, 7); para la condicion resolutiva, L. 44, § 2, eod. (V. sobre este § Göschen, Obss. j. rom.

pleaba seguramente como garantía una *condictio ob causam datorum* que se hallaba acorde con la *actio prescriptis verbis*, y cuyo principio era perfectamente aplicado á un caso de esta especie.

Para los contratos es evidente que esta exclusion rigurosa del término y de la condicion no descansa como para los legados sobre la naturaleza misma de la relacion de derecho, sino sobre un vicio de forma. En efecto, aun antiguamente se podia alcanzar el fin si por concluirse la obligacion ó devolver las cosas dadas, se añadia una segunda estipulacion bajo una condicion suspensiva ó *ex die*, ó bien todavía con el *dies*, añadiendo solo la condicion suspensiva: «Si intra quinquennium petiero.» La nulidad procedia únicamente de un defecto de forma, y la *doli* ó *pacti exceptio* tenia precisamente por objeto remediarlo. Por la misma razon la nulidad no era admitida y la excepcion se hacia inútil si se trataba de los contratos sustraidos á las formas generales y rigurosas del derecho, principalmente de los contratos consensuales: el texto que reproduce el antiguo derecho (nota *f*) tampoco se ocupa más que de la estipulacion. De otro lado vemos una forma muy antigua frecuentemente aplicada al contrato de arrendamiento hecho por cierto número de años, pasados los cuales las obligaciones del arrendador terminaban indudablemente. Del mismo modo tambien vemos para la venta y para las donaciones hechas sin estipulacion, la validez de la condicion resolutiva reconocida en términos que no permiten creer en un cambio del derecho ó en una proteccion artificial (p. 120, *l*, *m*). Hé aquí los casos á los cuales se refiere, aun segun el antiguo derecho, la institucion de las condiciones resolutivas completamente desenvuelta en sus efectos, sobre todo, en lo concerniente á la resolutiva cumplida, la vuelta de la propiedad *ipso jure* al antiguo propietario, con la anulacion de todas las enagenaciones acaecidas durante el intervalo y válidas hasta entonces (*g*).

---

p, 66). La L. 44, § I. cit., da en estos términos el motivo de dicha prohibicion: «Nam quod alicui deberi cæpit, *certis modis* desinit debere,» es decir, el *dies* no está en el número de los medios fijados inmutablemente para extinguir las obligaciones, y no depende de la voluntad de las partes darle este carácter.

(*g*) Se podria dudar segun estas palabras de Justiniano L. 25, C. de

Despues de haber dado la explicacion de la antígua regla que prohibia las condiciones resolutivas en materia de legados y de obligaciones, voy á ocuparme de una aplicacion especial de dicho principio. Si alguno promete una renta anual de cien libras, la promesa se considera como una extipulacion simple dividida en muchos pagos y que debe mantenerse siempre (*h*). Si la renta no estuviese constituída sino por cinco años ó por la vida de una persona, estando el límite en oposicion con la regla precedente, la renta permanece perpétua, y para huir de este rigor se hubo de recurrir á una excepcion (*i*). Sin duda que era fácil á las partes alcanzar seguramente su fin adoptando otra fórmula; bastaba, en lugar de prometer una renta de cinco años, prometer quinientas libras divididas en cinco pagos *ex die*, ó en lugar de una renta vitalicia diferentes sumas pagaderas *ex die* y al mismo tiempo, bajo la condicion suspensiva de sobrevivir, lo que siempre se permitió; pero en materia de extipulaciones se guardaba consideracion á los términos empleados, no á la intencion de las partes quienes debieron sufrir las consecuencias de este vicio de forma hasta que se introdujo la excepcion. Si desde un principio no se puso remedio al mal fué porque lo poco frecuente de las estipulaciones hizo no se sintiera tan vivamente la falta.

De otra parte, los legados de este género se veian con frecuencia y habia, por tanto, una necesidad práctica que atender. Se encontró medio de hacerlo así en el principio general de que los legados se interpretan ménos segun la letra del testamento que segun la intencion del testador (§ 118, *a*). Si,

---

legatis (VI, 37): «Cum enim *jam constitutum sit.* fieri posse *temporales donationes et contractus*,» que parecen indicar un derecho nuevo. Pero dichas palabras se refieren á las donaciones y á los otros contratos resultado de una *stipulatio*, y á la *doli exceptio* á quien se une; así, pues, se refieren brevemente á las disposiciones de la L. 44, § I, de O. et A. (XLIV, 7), y otros textos citados en la nota *f*. En cuanto á la donacion solo la comparacion de la L. 2, C. de don. q. s. modo (VIII. 55) con el texto original Fr. Vat. § 283, presenta una duda formal. Seria muy difícil explicar claramente la diferencia entre ambos textos.

(*h*) L. 16, § 1, de V. O. (XLV, 1); L. 35, § 7, de m. c. don. (XXXIX, 6).

(*i*) § 3, 7, de V. O. (III, 15).

pues, se sabia, como sucede de ordinario, que el testador habia querido por medio de la renta legada asegurar al legatario su subsistencia en totalidad ó en parte, la interpretacion siguiente conciliaba todos los intereses: se divide el legado en muchas anualidades; la primera constituye un legado *puro* y se adquiere á la muerte del testador, las restantes están sometidas á la condicion suspensiva de que el legatario vivirá en la época de este vencimiento (*k*) Esta interpretacion ofrecia una doble ventaja, porque impedia la perpetuidad de la renta, lo cual no estaba ciertamente en la intencion del testador, de una parte, y de otra, se eludia la prohibicion de las restricciones temporales para los legados, porque no se trataba de un solo legado *ad diem* que hubiera estado prohibido, sino de muchos legados condicionales que todos eran válidos.

D. Hé aquí las disposiciones especiales relativas á ciertos derechos reales:

Las servidumbres reales no podrian someterse en cuanto á su duracion á una condicion ni al establecimiento de un término, sin duda, porque la perpetuidad estaba en la naturaleza de estos derechos. Contra este rigor de la ley habia una *pacti* ó *doli exceptio* (*l*).

El usufructo, por el contrario, es un derecho accidental que tambien se podia aún en el antíguo derecho fijar arbitrariamente su duracion (*m*). La misma facultad existe para el

---

(*k*) L. 4; L. 8, de ann. leg. (XXXIII, 1); L. 10, quando dies (XXXVI, 2;) y los textos citados en la nota *h*. En el caso de una renta constituida para muchos años, se trata de hecho de investigar si el testador ha querido dar una pension alimenticia y por tanto vitalicia, ó bien cierta suma dividída en muchos plazos para facilitar el pago. En el primer caso el legado se considera como una renta vitalicia; en el segundo es un legado puro y simple adquirido por el legatario inmediatamente y en totalidad, pasando los plazos no vencidos á los herederos. L. 20, quando dies (XXXVI, 2); L. 3, pr. de annuis (XXXIII, 1).

(*l*) L. 4, pr. de serv. (VIII, 1); L. 56, § 4, de V. O. (XLV, 1). Una constitucion parecida era incompatible con la naturaleza de la *in jure cessio*, así se supone que resulta de un legado ó de un contrato particular terminado antes ó despues de la *in jure cessio*.

(*m*) Fragm. Vat. § 48, 52; L. 6, de usu et usufr. leg. (XXXIII, 2); L. 16, § 2, fam. herc. (X, 2); L. 12, pr. C. de usufr. (III, 33). Vemos en

derecho de prenda que, dado su orígen más reciente, se ceñia en general ménos á las formas rigurosas del primitivo derecho (*n*).

Reasumiendo cuanto precede vemos que la condicion resolutiva y el término final tienen casi siempre su eficacia, y que las antíguas restricciones, excepto en lo que concierne á la institucion, no han dejado, por decirlo así, ningun rastro en el derecho moderno.

Cabe concebir un término final cuya aplicacion sea imposible; entonces se reputa como no escrito y la relacion de derecho continua bajo este respecto ilimitada (*o*).

§ CXXVIII.—III. *Manifestaciones de la voluntad. Modus* (*a*).

Las transaciones que tienen por objeto trasferir un derecho de bienes pueden contener disposiciones sobre el destino ulterior de la cosa trasmitida por medio de un compromiso que se contrae por el que la recibe. Las principales disposiciones de este género entran en el contenido propiamente dicho de las transaciones mismas y sería inútil, además de imposible, reunirlas bajo un punto de vista general como las condiciones y el establecimiento de términos. Si, por ejemplo, un prestamista promete dar el dinero prestado ó un comprador pagar el precio de la cosa que recibe, estas son las partes esenciales de los contratos citados: si el comprador de una casa se obliga á no enagenarla durante la vida del vendedor, ó á alojarlo en ella gratuitamente por tiempo de tres años, estas, son convenciones accesorias y la accion que resulta del contrato basta para su ejecucion. Muchas convenciones de este género pueden, es verdad, revestir la

---

este último texto una interpretacion parecida á la de que he hablado, § 125, *i*, pero cuyo resultado es inverso.

(*n*) L. 6, pr. quibus modis pign. (XX, 6).

(*o*) Si, por ejemplo, se lega un usufructo por cien años porque se está seguro de que el legatario no vivirá tanto tiempo.

(*a*) Entre las fuentes del derecho antes citadas (§ 116), las relativas á este asunto son: Dig. XXXV, 1; Cod. VI, 45, VIII, 55.

forma de condiciones, y entonces obran de un modo muy diferente (*b*).

Pero hay ciertas materias en que este procedimiento es insuficiente y para las cuales ha sido preciso establecer un género especial de convenciones accesorias, el *modus*: son estas las disposiciones testamentarias y las donaciones.

Voy ante todo á citar detalladamente los casos en que el *modus* es indispensable, porque es el único medio de reconocer la base de la institucion.

1.° Institucion de heredero. Si la obligacion del heredero consistiese en dar cada cosa á un tercero, la necesidad del *modus* no se haria sentir, porque los legados y los fideicomisos responden perfectamente á dicho objeto. Pero el testador puede imponer otras cargas á su heredero; por ejemplo, levantar un monumento, fundar juegos ó comidas públicas, visitar su tumba en épocas determinadas, adornarla con flores, etc. Muchas de estas cargas son susceptibles de revestir la forma de condiciones, pero otras no lo son, y el testador puede en general preferir una forma de obligacion nueva y permanente. Tal es el objeto del *modus*.

2.° Legados. Aquí es tambien aplicable el *modus* á obligaciones parecidas á las de que acabo de ocuparme (*c*). Pero durante mucho tiempo fué indispensable en el caso en que el legatario debiera entregar alguna cosa á un tercero, porque no podia gravar un legado sobre el mismo legatario. La introduccion de los fideicomisos que respondia perfectamente á este último fin, hizo no fuese necesario el *modus* (§ 127, *c*, *d*).

3.° Fideicomisos. El *modus* tiene aquí la misma importancia que para los legados.

4.° Lo propio digo de la manumision testamentaria, á la cual podia el testador unir la obligacion de un servicio cualquiera, sea bajo la forma de condicion ó de *modus*. La nece-

---

(*b*) L. 41, pr. de contr. inst. (XVIII, 1). Digo solamente que este acuerdo puede aquí, segun la voluntad de las partes, ser expresado como *pactum adjectum* ó como *conditio*, no hablando de un tercer caso posible, el *modus*.

(*c*) L. 17, § 4, de cond. (XXXV, I).

sidad de este que existia otras veces para los legados no ha cesado nunca para la manumision testamentaria: en efecto, el que recibe de un difunto un derecho de bienes puede únicamente ser gravad › con un fideicomiso (*d*). Además, como la libertad no es un derecho de bienes, se deberia, para ser consecuentes, no gravar con el fideicomiso al manumitido que solo recibia aquella (*e*).

5.° En materia de donaciones los medios comunes de derecho (*actio præscriptis verbis et conditio*) bastaron durante mucho tiempo para hacer ejecutar las obligaciones del donatario. Despues se estimó conveniente considerar las donaciones como legados, mostrándose todavía aquí la necesidad de aplicar el *modus* como institucion especial.

Modus es la expresion técnica (*f*) empleada para designar esta institucion, aun cuando en un sentido general sirve de ordinario para determinar los caractéres particulares de un derecho, por ejemplo, su extension ó la forma de su ejercicio. Se ha pretendido sustituir la frase *modus* por la de fin ó designacion de fin, espresiones impropias, porque un testador que instituye por heredero á un amigo ó á un pariente, le impone la condicion de erigirle un monumento, y su fin es dejar sus bienes á una persona digna á quien quiere, no para que solo le erija el monumento. La excepcion empleada sería más justa, porque en la mayor parte de los casos la cosa recibida se emplea en su totalidad ó en parte en la ejecucion del *modus*; pero este término es demasiado abstracto para llevar el pensamiento á una institucion de derecho especial, valiendo más conservar la palabra latina que por su aspecto extranjero se presta ventajosamente desde luego á una designacion individual.

Debo ahora explicar por qué he colocado el *modus* en la misma línea que la condicion y el establecimiento de un término, incluyéndolo así entre las restricciones que la voluntad á sí misma se impone (§ 114), en tanto que más bien parece

---

(*d*) L. I, § 6, de leg. 3 (XXXII, un.); L. 9, C. de fideic. (VI, 42.)

(*e*) L. 94, § 2; L. 95, de leg. I (XXX, un.)

(*f*) *Modus* tiene este sentido técnico en la inscripcion de los tres títulos citados en la nota *a* y en la L. 17, § 4, de cond. (XXXV, 1).

la extension de la voluntad á un nuevo objeto. Esta asimilacion se funda en el hecho de considerar de cierto modo un bien ó una cierta porcion de bienes como un simple valor pecuniario. Además, abrazando tambien este punto de vista el objeto dado primitivamente (la sucesion ó el legado) y el *modus*, este nos aparece como una disminucion del valor primitivo, y en tal sentido se puede decir que la voluntad de donar se limita ella misma por la adicion de un *modus*, encontrándose así justificada la asimilacion del *modus* con la condicion y el establecimiento del término.

En la práctica es indispensable precisar bien la idea del *modus*, y esto bajo un doble concepto; pues, de una parte, es necesario no confundirlo con la condicion, y, de otra, con la simple promesa ó consejo.

En cuanto á la diferencia entre el *modus* y la condicion observo que en la mayor parte de los casos el fin propuesto podia ser seguramente alcanzado tambien de una manera como de otra, pero por relaciones de derecho diferentes. En efecto, la condicion es suspensiva, pero no activa; el *modus* es coactivo y no suspensivo: es mucho más ventajoso para el que debe obrar. Desde luego no impide la adquisicion del derecho, el *dies cedit*, no exponiendo así al peligro de una pérdida total: además, el goce del derecho se obtiene dando caucion y sin ejecutar el acto; finalmente, si el acto se hace imposible esta imposibilidad no entraña ningun perjuicio (*g*) y así la distincion de ambas formas tiene en la práctica una gran importancia. Aquí los términos empleados en el acto serian todavía guias poco seguros (*h*), y se debe buscar la

---

(*g*) Se podria dudar segun los términos de la L. 16 de his quæ sub modo (VI,45); «In legatis quidem et fideicommisis etian *modus adscriptus pro conditione observatur.*» Dichas palabras significan solo que el *modus* debe ser mantenido, observado como la condicion y garantizado especialmente por una caucion, pero no establecen una semejanza completa entre ambos términos. Esto resultaria sin duda de la proposicion siguiente, á la cual sirven las palabras citadas de transicion.

(*h*) *Si* designa propiamente la condicion, *cum* el tiempo y *ut* el *modus* (L. 80 de cond. XXX, I); pero tales distinciones no se observan

intencion verdadera en la apreciacion de circunstancias (*i*).

Si la intencion es dudosa el *modus*, como restriccion menor, debe admitirse con preferencia á la condicion (*k*). En un caso en que la condicion es real, pero inadmisible, la *conditio juris jurandi*, para mantener la voluntad del testador se trasforma de condicion en *modus* (§ 123, *s*, *t*).

De otra parte es necesario no confundir el *modus* con las manifestaciones de la voluntad que no encierran de ninguna manera una obligacion jurídica. Si, pues, se lega ó dá una suma de dinero á fin de que el legatario ó donatario edifiquen una casa ó compren un inmueble, se considera de ordinario esta declaracion como la expresíon de un deseo, un consejo ó simplemente de la ocasion que ha dado lugar á la liberalidad. Para admitir una obligacion se necesitan circunstancias particulares que dieran el carácter de indudable á dicha intencion (*l*).

§ CXXIX.—III. *Manifestaciones de la voluntad.—Modus.* (Continuacion).

Veamos ahora por qué medios recibe su ejecucion la voluntad del donante expresada por el *modus*.

1.° Si no hay más que un heredero instituido, el *modus* no puede dar lugar á una obligacion, pues el heredero no tiene ningun acreedor que le contradiga. En este caso la autoridad se encarga de obligar al heredero, bien sea empleando las

---

siempre de una manera rigorosa. V. § 125 *d*. Frecuentemente tambien la pabra *conditio* se emplea allí en donde evidentemente se trata de un *modus*. V. L. 71, § I, de cond. (XXXV, I); L. 2, § 7, de don. (XXXIX 5); L. 44, man. test. (XL, 4).

(*i*) L. 44, de man. test. (XL, 4) L. 80 de cond. (XXXV, I). El modo más sencillo de destruir la dificultad del último texto es quitar el *non*, que segun el testimonio de la glosa no se halla en los manuscritos antiguos. La explicacion propuesta por Bücker, interpr. 11, 3 no es sostenible.

(*k*) L. 9, de R. J. (L. 17).

(*l*) L. 13, § 2, de don. inst. vir. (XXIV, I): L. 71, pr. de cond. (XXXV, I); L. 3, § 7. de don. (XXXIX, 5).

vías de apremio extraordinarias, bien negándole el ejercicio de las acciones presentadas por él en nombre de la sucesion. Si existen muchos coherederos cada uno puede obligar á los otros á la ejecucion del *modus* en virtud de la *actio familiæ herciscundæ* (*a*).

2.° Si el *modus* se impone á un legatario ó á un fideicomisario, entonces hay obligacion porque el heredero representa al difunto y debe velar por la ejecucion de lo por él establecido: hé aquí como se procede de ordinario. El heredero en virtud de una *doli exceptio* rehusa la entrega del legado hasta que el legatario haya prestado caucion para la ejecucion del *modus* (*b*). Si por acaso el legatario estaba ya en posesion del legado, el heredero puede hacerse restituir, y en seguida exigir la caucion (*c*). El heredero no tiene necesidad de probar que está personalmente interesado en la ejecucion, pues la voluntad del testador es para él un interés harto justificado (*d*)

Independientemente de los derechos del heredero, de los cuales acabo de ocuparme, la autoridad puede intervenir para obligar al legatario (*e*).

3.° En el caso de una manumision testamentaria la libertad se adquiere inmediatamente, y por lo tanto la demora en el cumplimiento del legado no es un medio de coaccion: ade-

(*a*) L. 7, de ann. leg. (XXXIII, I): interventu judicis; «L. 50, § I, de her. pet. (V, 3): «principali aut pontificali auctoritate» L. 8. § 6 de cond. inst. (XXVIII, 7) (V. § 123, *s*, *t*): L. I, § 3, ubi pup. (XXVII, 2).

(*b*) L. 40, § 5; L. 71, pr. § 1,2; L. 80, de und. (XXXV, I); L. 48, de fid. lib. (XL, 5). Encontramos frecuentemente en los textos la frase *denegantur actiones* aplicable lo mismo al heredero que al legatario: al heredero cuando el juez rechaza de oficio la accion; al legatario cuando la accion se rechaza por la oposicion del heredero demandado.

(*c*) L. 21, § 3, de aun leg. (XXXIII, I); L. 17 de uso leg. (XXXIII, 2); L. 25, C. de leg. (VI, 37).

(*d*) L. 19 de leg. 3 (XXXII, un).

(*e*) L. 92, de cond. (XXXV, I): «ex auctoritate D. Severi emancipare eos compulsus est,» Véase sobre este asunto la L. 15, C. de fideic. (VI, 42).

más la autoridad vela tambien por la ejecucion del *modus* (*f*).

4.° Si el modo se refiere á una donacion, la coaccion tiene un carácter de tal manera especial que, para hablar oportunamente, es necesario referirla al conjunto del derecho de las donaciones (§ 175).

En todos los casos enumerados el testador mismo puede asegurar la ejecucion del *modus*, amenazando al llamado con una multa en provecho del Erario público (*g*).

En general el *modus* se somete á las mismas restricciones que la condicion; si tiene por objeto un acto inmoral ó irracional, no hay obligacion de ejecutarlo (*h*).

Si el cumplimiento del *modus* es imposible por una causa cualquiera, la obligacion desaparece y la institucion de heredero ó el legado al cual se refiere el *modus* no subsiste ménos (*i*); en lo cual se distingue esencialmente el *modus* de la condicion.—Si la ejecucion del *modus* es en parte imposible ó contraria á la moral, debe ejecutarse fielmente en lo que sea realizable (*k*).

El *modus* que consiste en una prestacion del heredero ó

(*f*) L. 44, de man. test. (XL, 4): «officio judicis.» L. 17, § 2, cod.

(*g*) L. 6, pr.; L. 37 de cond. (XXXV, I). El administrador público de esta caja seria quien pediria la ejecucion de la pena; así en la actualidad serian los administradores de los fondos de caridad, si el testamento imponia la pena á la caja de los pobres. El caso difiere esencialmente del *legatum pœne nomine* y no se ha comprendido nunca en la prohibicion de este último.

(*h*) L. 7, de ann. leg. (XXXIII, I;) L. 113, § 5, de leg. I. (XXX, un). La intervencion de la autoridad superior, por ejemplo, del emperador ó de los *pontífices*, no tiene por objeto proteger el *modus* en general, lo cual hubiera desmerecido de su prestigio, sino asegurar la ejecucion de ciertos actos especiales, tales como la ereccion de una tumba ó la emancipacion de un hijo. Estos son, pues, los casos á los cuales se refieren los textos citados.

(*i*) L. 8, § 7 de cond. inst. (XXVIII, 7); L. I, C. de his quæ sub modo (VI, 45). Así se hallaban incluidos en sí mismos los casos de ejecucion ficticia de los que las condiciones no ofrecen un ejemplo (§ 119).

(*k*) L. 6, pr.; L. 27; L. 37 de cond. (XXXV, I); L. 16, de usu et usufr. (XXXIII, 2).

del legatario respecto á una tercera persona es principalmente digno de notarse (*l*). El testador podia, y sobre todo, despues del establecimiento de los fideicomisos, asegurar directamente la ejecucion dando á dicho tercero una accion en la forma de un legado ó de un fideicomiso. Sin embargo, durante mucho tiempo no se procedió así y se hubo de recurrir á los medios indirectos de obligar antes enumerados, en vez de dar una accion á un tercero, lo cual habria sido lo más sencillo. Es indudable que esto procedia de la fórmula empleada por el testador únicamente, lo cual no estaba casi nunca en su intencion, sino de un vicio de forma que hacia la ejecucion de su voluntad ménos completa y segura (*m*). Severo fué quien primero rompió con la dificultad en favor de la libertad, ordenando que la manumision sometida á un *modus* se considerara como fideicomisaria y dando de este modo al esclavo la accion resultante del fideicomiso. Gordiano dió el último paso y extendió esta decision á todas las donaciones sometidas á un *modus* (*n*). Desde entonces no fué ya cuestionable el *modus*, relativamente á una prestacion en favor de un tercero, porque este *modus* sin consideracion á los términos del acto se estima como un legado ó un fideicomiso, no

---

(*l*) La L. 17, § 4, de cond. (XXXV, I) asimila enteramente esta especie de *modus* á otros que ella enumera.

(*m*) En efecto, el legado habria podido redactarse en estos términos: *do lego ò damnas esto*; el fideicomiso: *fidei committo, rogo, peto, volo.* (Gayo II, 249). Si el testador no empleaba ninguna de estas fórmulas y no imponia la prestacion sino por el *ut*, entonces era simplemente un *modus*, y el tercero carecia de accion. Este principio se expresa claramente en la L. 92 de cond. (XXXV, 1); L. 3, § 5, 6, de leg. pæst. (XXXVII, 5); L. 8, § 5 de transact. (II, 15). Y, cosa singular, no habrian sido introducidos los fideicomisos sino para eludir las formas rigurosas del antiguo derecho; pero los romanos eran de tal modo formalistas que los fideicomisos mismos se hicieron una forma incómoda y fué necesario para eludirlos á su vez recurrir á nuevos expedientes.

(*n*) L. 2. C. de his q. sub modo (VI, 45). El desenvolvimiento del derecho nos explica tambien porque la L. 48 de fid. lib. (XL, 5), simplemente relativa á un caso de *modus*, ha sido incluida en este título del Digesto. V. Cujas obs. XIV, 25; et Opp. IX, 857.

teniendo el tercero necesidad de una proteccion indirecta, pues tiene siempre una accion que puede utilizar.

§ CXXX.—III. *Manifestaciones de la voluntad. Manifestacion formal.*

La base de toda manifestacion de la voluntad es la existencia de la voluntad misma, de la cual he venido ocupándome; ahora paso á la manifestacion que traduce el hecho interno de la voluntad en caracteres exteriores y visibles, es decir, que voy á examinar la manifestacion de la voluntad (§ 104, 114). Esta puede ser ó no formal, expresa ó tácita, real ó ficticia, ó lo que es lo mismo, resultado de una presuncion legal.

Las manifestaciones formales son aquellas cuya eficacia procede de la observancia de ciertas formas determinadas, admitidas exclusivamente como expresion de la voluntad. Se les llama formales porque sus accidentes están invariablemente determinados por el derecho positivo, en tanto que para las manifestaciones no formales dichos accidentes ó formas quedan abandonados al arbitrio de las partes. En el antiguo Derecho romano las manifestaciones formales ocupan un lugar muy importante; tales son principalmente los actos solemnes en que el sentido propio de cada relacion jurídica figura simbólicamente, mostrándose de una manera sensible á las partes y á los testigos. Aquí se reconoce inmediatamente la intervencion de la poesía en el derecho *(a)*; pero este lado estético del sujeto no debe hacernos perder de vista su lado positivo y práctico. Nada hay más propio que las formas simbólicas para levantar en el espíritu de las partes contratantes la atencion reflexiva tan de desear en asuntos sérios; además, una resolucion repentina sobre negocios graves es muy rara, y de ordinario le precede un estado de incertidumbre que se cambia en voluntad perfecta por transiciones lentas é imperceptibles, cambio que más tarde seria tan difícil como

---

(a) J. Grimm, von der Poesie im Recht Zeichrift. f. Gesch. Rechtsw. t. 2, núm. 2.

necesario probar por el juez. Estas formas simbólicas se convierten en un signo cierto de la voluntad perfecta. El empleo de las mismas ofrece, además, ventajas secundarias, como son la facilidad de la prueba en un proceso y la publicidad que recibe la nueva relacion de derecho, de ordinario muy de desear y de grande importancia. Pero es preciso no creer que el legislador romano, Rómulo, por ejemplo, hubiera, en consideracion á estas ventajas, establecido los actos simbólicos y que hayan prescrito por el uso. El legislador que intentara tal cosa no obtendria sino una vana apariencia, y dichas ventajas no existirian casi nunca, porque es indispensable que las mismas partes se penetren del sentido y del valor de sus actos. Los símbolos son producto de la fuerza plástica que existe en el seno de la nacion sin que ella tenga conciencia de lo que sucede, ejerciendo á su vez una influencia no escasa la necesidad de los provechosos resultados antes consignados.

Seria tambien un grave error creer que los actos simbólicos fuesen exclusivamente propios del Derecho romano, pues se hallan en naciones de orígen muy diverso, y en el antiguo Derecho germánico ocupan, sobre todo, un importantísimo lugar (*b*). Estaba reservado á los romanos más que á ningun otro pueblo, elevar el derecho á un alto grado de perfeccion; y esta superioridad incontestable para los últimos desarrollos de la ciencia se encuentra igualmente en los actos simbólicos de los tiempos antiguos: tambien sus símbolos tienen un carácter más noble y pronunciado que los de otros pueblos, y su forma subsistió más tiempo sin alterarse.

El orígen de las formas simbólicas del derecho se remonta en general á la época en que la fantasía es la facultad predominante en el espíritu del pueblo. A medida que la reflexion extiende su imperio, estas formas pierden gran parte de su interés, comenzando por olvidarlas en parte y concluyendo por abandonarlas en absoluto; tal fué su suerte en el Derecho romano. El derecho justinianeo nos ofrece restos muy débiles, de los cuales algunos no se han trasmitido á la Europa moderna sino como recuerdos de la antigüedad. Desde

---

(*b*) Grimm., en el artículo antes citado.

que este cambio importante se cumplió en el derecho, las formas fueron sustituidas por otras que determinó el legislador; tales son la redaccion escrita de los actos, y principalmente la comparecencia de las partes ante un tribunal, ante notarios ó empleados encargados de llevar el registro de las hipotecas. Entre estas formas nuevas la más importante y la más usual entre los romanos era la insinuacion judicial; á este efecto, las partes comparecian ante la curia de una ciudad ó ante la cancillería (*officium*) del jefe de una provincia, y copiadas textualmente las convenciones y registradas (*acta*, *gesta*), se entregaban despues copias certificadas tantas veces cuantas fuese necesario. Frecuentemente se escogia voluntariamente esta forma para dar más solemnidad al acto ó para asegurar la prueba; algunas veces tambien se mandaba hacer así, por ejemplo, en las donaciones y para la confeccion y apertura de los testamentos (*c*).

Dichas formas arbitrariamente prescritas, ofrecen las ventajas prácticas antes señaladas, con la diferencia de que los resultados secundarios de los actos simbólicos, la garantía de la prueba y la publicidad, vienen aquí en primera línea. Las ventajas internas y esenciales, unidas á la evidencia de los actos simbólicos, se sacrifican algun tanto, porque la forma aparece solo como una prescripcion externa á la cual se debe someter necesariamente. De otra parte, la diferencia procede de la diversidad de los tiempos, que se muestra en el derecho como en los demás aspectos de la vida de un pueblo. Vano seria el empeño de levantar un siglo á expensas de otro: cada uno ha tenido sus bienes, de los cuales ha gozado, y sus males que debe soportar y corregir en tanto que le sea posible. Aun todavía ménos debemos censurar al legislador que satisfacia por la introduccion de formas nuevas las necesidades de la práctica, allí en donde no existe en los espíritus esta disposicion, la sola que dá nacimiento á los actos simbólicos y que únicamente puede conservarles cierta vitalidad.

(*c*) Savigny, Historia del Derecho romano en la Edad Media, t. I, § 27, 29.

§ CXXXI.—*Manifestaciones de la voluntad.—Manifestacion expresa ó tácita.*

La manifestacion puede tambien ser expresa ó tácita. En efecto, la voluntad misma, como hecho interno, no podia darse á conocer sino valiéndose de la mediacion de un signo sensible, exterior, y para esto hay dos modos. De ordinario, el signo sensible tiene únicamente por fin expresar la voluntad; frecuentemente tambien, áun cuando haya otro objeto especial, implica al mismo tiempo la expresion de la voluntad. En el primer caso, la manifestacion de la voluntad es expresa, en el segundo tácita *(a)*.

La primera puede resultar de una conversacion oral ó escrita (*b*), ó áun de un gesto, si, por ejemplo, aquél á quien se propone un contrato lo acepta con una inclinacion de cabeza

---

(a) Un autor ha propuesto recientemente sustituir á estos términos los de las manifestaciones de voluntad *inmediatas* y *mediatas*. La fraseología que adopto me parece más clara, teniendo además la ventaja de estar más usada y ser más conocida. Sin duda que la exactitud exigiria se llamase *consentimiento resultante de los hechos* al consentimiento tácito, porque la palabra tácita se presta á la confusion de este caso con el del simple silencio (§ 132); pero la expresion no seria tan precisa y el sentido de dicha palabra es demasiado conocido para dar lugar aquí á un olvido. Un autor distingue ambas especies de consentimiento, segun que la voluntad resultado de un acto anterior puede reconocerse con y sin ayuda del razonamiento (Göschen, Vorlerungen I, p. 294). Esta distincion no me parece fundada, porque la cláusula oscura de un contrato que demanda para ser entendida una interpretacion racional, no es ménos una manifestacion de voluntad expresa. No se puede rigurosamente distinguir estos dos casos, segun que la voluntad se expresa ó no por palabras, porque una manifestacion tácita resulta algunas veces de una cláusula, si sus términos tienen directamente otro objeto que la expresion de dicha voluntad: daré desde luego algunos ejemplos. Véanse los textos citados en las notas *q*, *r*, *t*.

(*b*) No se hace á este respecto ninguna distincion, á menos que no se trate de un acto solemne. L. 38, de O. et A. (XLIV, 7): «... placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.»

(c), ó bien desde que señala el objeto del contrato designándolo con la mano (d), pues lo que seria difícil es que se realizará por entero un contrato por medio de signos. La manifestacion resulta de ordinario de una mezcla de palabras y signos (e). Desde la Edad Media la declaracion escrita se hacia ordinariamente así: se asentaba el nombre bajo un acta por una de las partes ó por un tercero, y la rúbrica establecia que el acto expresaba el pensamiento y la voluntad del firmante. De tal modo estamos acostumbrados á consignar esta forma en nuestra correspondencia y en nuestros actos, que muchos se considerarian ligados á una forma tan natural de un modo que no consideraria eficaz otra; sin embargo, es extraña á los romanos, quienes la conocieron muy tarde, no haciendo de ella sino aplicaciones muy limitadas.

Para la manifestacion de la voluntad expresada por palabras, como para las leyes, la interpretacion es frecuentemente necesaria (f). Los principios fundamentales de la interpretacion de las leyes (§ 32, 37) hallan aquí su aplicacion, en el sentido de que en ambos casos se trata de reconstruir el pensamiento vivo oculto bajo la letra muerta. Los dos casos tienen además otra analogía; aquí tambien los jurisconsultos romanos nos han legado una multitud de decisiones particulares muy instructivas y de reglas generales muy incompletas que exigen ser aplicadas con circunspeccion. No entraré en el pormenor de dichas reglas, porque están íntimamente ligadas á la materia de los contratos y de los testamentos, que corresponde á la exposicion especial del derecho de las obligaciones y del de sucesion.

La manifestacion de la voluntad tácita resulta de ciertos

(c) L. 21, pr. de leg. 3 (XXXII, un.); L. I, § 3 de adsign. lib. (XXXVIII, 4); L. 52, § 10, de O. et A. (XLIVI, 7); L. 17 de nov. (XLVI, 2).

(d) L. 6, de reb. cred. (XII, I); L. 58, pr. de her. inst. (XXVIII, 5).

(e) Véase los textos citados nota d.

(f) Es evidente que hay la diferencia de que la ley, como uno de los elementos del derecho positivo, puede y debe ser más que un acto aislado, el objeto de un trabajo científico. Tambien los actos, más todavía que la ley, no tienen necesidad de interpretacion sino en caso de oscuridad, es decir, de un defecto accidental.

actos que, teniendo un fin particular, sirven, sin embargo, como medios para reconocer la voluntad; estos actos deben ser tales que se pueda deducir de ellos la voluntad con certeza completa (*g*). Admitir una manifestacion tácita implica siempre un juicio verdadero sobre un acto determinado, teniendo en cuenta las circunstancias accesorias, juicio que ocupa aquí el mismo lugar que para la manifestacion expresa la interpretacion de los términos empleados. Frecuentemente el acto no basta por sí solo para establecer la manifestacion de la voluntad, es necesario todavía el concurso de otras circunstancias exteriores; pero áun entonces que se está autorizado para deducir del hecho solo la existencia de la voluntad, esta presuncion puede destruirse por otras circunstancias. De ordinario, dichas circunstancias tienen un carácter de todo punto individual, que procede de la naturaleza propia de cada especie; tambien algunas veces presentan un carácter más general y pueden referirse á reglas. Así, toda declaracion tácita se invalida ante una declaracion expresa contraria, que se llama protesta ó reserva (*h*). Lo mismo sucede con el acto cuyo espíritu ha sido impuesto por la violencia, porque el autor del mismo no ha tenido la intencion de expresar su voluntad, y sí de rehuir el mal con el cual se le amenazaba; finalmente, si el acto descansa en un error que excluya absolutamente la expresion de la voluntad (*i*).

Las reglas anteriores se hacen sensibles por las siguientes aplicaciones que contienen las fuentes del derecho. Si un acreedor remite á su deudor el título de su deuda (*k*); esto es, segun las circunstancias, susceptible de muchas interpreta-

---

(*g*) Los autores modernos dicen que estos hechos deben ser *facta concludentia*.

(*h*) Protesta es el término genérico; reserva el término que se emplea cuando por una manifestacion formal se quiere destruir la presuncion de la renuncia tácita de un derecho.

(*i*) Véase apéndice VIII, núm. XII, en donde he tratado este asunto con pormenores y determinado los efectos del error.

(*k*) Si el deudor se halla en posesion del contrato de otro modo que por la voluntad del acreedor, la posesion no entraña ninguna presuncion desfavorable al acreedor. L. 15, C. de sol. (VIII, 43).

ciones. Puede considerarse como una remision tácita de la deuda (*l*), sobre todo, sì el deudor lo habia exigido; ó bien constituir una presuncion de pago, pero no una prueba completa (*m*).

Tambien es posible que la remision del título haya sido llevada á cabo con un fin distinto, por ejemplo, con el objeto de que el deudor tomara copia. De igual modo, desde que el título ha sido tachado puede esto, segun los casos, probar el pago (*n*) ó la simple remision de la deuda.

Si el que fué instituido heredero toma parte en el arreglo de los negocios de la sucesion, dicha *pro herede gestio* indica de ordinario una adicion tácita de la herencia (*o*); pero cabe se destruya esta presuncion por una manifestacion contraria expresa, ó bien si se ha establecido que la gestion ha sido hecha por error ó con un fin distinto del de la adicion de la herencia (*p*). La comparecencia voluntaria ante un juez incompetente vale como prórroga tácita de su jurisdiccion; pero la prórroga no tiene lugar si la comparecencia es resultado de un error (*q*). El que prosigue un negocio incoado en su nombre sin su autorizacion, ratifica por este acto el procedimiento anterior (*r*). El acreedor que recibe desde luego los intereses para un cierto tiempo, promete por esto mismo no reclamar el capital antes de espirar dicho término (*s*). Si alguno da en prenda la cosa de otro y el propietario firma el acta de constitucion de la prenda, esto equivalia á un consentimiento tácito (*t*). Cuando un heredero vende todos los inmuebles de

---

(*l*) L. 2, § I, de pactis (II, 11); L. 7, C. de remiss. pign. (VIII, 26).

(*m*) L. 14, C. de Sol. (VIII, 43). En este caso la remision del contrato implica el pago de la deuda y es una carta de pago tácita.

(*n*) L. 24, de prob. (XXII, 3).

(*o*) § 7, J. de her. qual. (II, 19); L. 20, pr. § I de adqu. her. (XXIX, 2); Gayo II, § 166, 167; Ulpiano XXII, § 25, 26.

(*p*) L. 20, pr. § I, de adqu. her. (XXIX, 2); L. 14, § 7, 8 de relig. (XI, 7).

(*q*) L. 1. L. 2 pr. de jud. (V, I); L. 15 de jurisd. (II, I).

(*r*) L. 5, ratam rem. (XLVI, 8).

(*s*) L. 57, pr. de pactis (II, 14).

(*t*) L. 23, § I, de pign. (XX, I).

una sucesion, están presentes sus coherederos, y, lejos de oponerse, reciben la parte del precio que les corresponde se considera que han querido vender tácitamente lo que tenia cada cual (*u*).

§ CXXXII.—III. *Manifestaciones de la voluntad.—Manifestacion.—Simple silencio.*

El silencio sólo opuesto á los actos ó á un interrogatorio, no puede en principio ser considerado como un consentimiento ó como una confesion (*a*). Si, pues, alguno me presenta un contrato y manifiesta que tomará mi silencio como aquiescencia, yo no me obligo, porque ninguno tiene el derecho cuando yo no lo consiento de forzarme á una contradiccion positiva. Hay, sin embargo, dos excepciones á esta regla que son muy importantes, las cuales voy á citar, excepciones que siempre se fundan en una obligacion que se presume explicarse, sea á causa de la importancia especial de la relacion de derecho, las relaciones de familia, por ejemplo, sea á causa del respeto debido á ciertas personas ó, finalmente, á causa de la relacion entre el silencio actual y las manifestaciones precedentes. Todas estas excepciones tienen una naturaleza esencialmente positiva, y no se las debe entender nunca por via de analogía. Algunas veces se interpreta todavía el silencio como consentimiento en el caso en el que áun la voluntad es imposible; pero dicha extension presenta más bien el carácter de un consentimiento ficticio.

Cuando un padre celebraba exponsales por su hija, el silencio de ésta equivalia á su consentimiento, y recíprocamente

(*u*) L. 12, de evict. (XXI, 2).

(*a*) L. 142, de R. (J. L. 17): «Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare.» Así cuando leemos C. 43, de R. J. in VI: *Qui tacet, consentire videtur*, estas palabras no expresan una regla general, sino que se refieren á las excepciones de que acabo de ocuparme. En efecto, no puede creerse que el derecho canónico hubiera querido derogar el derecho romano por una regla tan abstracta, repetida la L. 142 ha sido trascrita como C. 44, de R. J. in VI.

el silencio del padre si la hija los celebra por sí misma (*b*). La adopcion es rigurosaménte válida por el hecho del silencio del adoptado (*c*) como tambien la emancipacion (*d*). Cuando un tutor nombra á una persona como caucion está presente, y, sin embargo, no se opone á su inscripcion en los registros del tribunal, queda en caucion realmente (*e*). Un hijo sometido al poder paterno no puede contraer válidamente matrimonio sin el consentimiento del padre; pero si éste tiene conocimiento del matrimonio su silencio equivale al consentimiento (*f*). El padre que conocia el nombramiento de su hijo como decurion de una ciudad y no reclamaba se conceptuaba que consentia (*g*). Cuando una mujer casada que no vive con su marido anuncia á éste se encuentra embarazada, el silencio del marido es una confesion de su paternidad (*h*). Si el matrimonio de una *filiafamilias* llega á disolverse, el padre no puede reclamar la dote sin el consentimiento de la hija; pero el silencio de la hija equivale á un consentimiento (*i*). Cuando un heredero tuviese el encargo de restituir á un tercero la sucesion y éste toma posesion de los bienes, si el heredero

---

(*b*) L. 12, pr. de sponsal. (XXXIII, I).—L. 7, § I, eod.

(*c*) L. 5 de relaps. (I, 7). Así se puede adoptar un hijo (*infans*), porque él no se opone; pero como por lo mismo es incapaz para consentir, su consentimiento es ficticio.

(*d*) La asimilacion de este caso al anterior se establece por la L. 5, in f. C. de emanc. (VIII, 49) relacionada en Paulo, II, 25, § 5.

(*e*) L. 4, § 3, de fidej. et nomin. (XXVII, 7).

(*f*) Para el hijo era necesario antiguamente el consentimiento del padre, formal y prévio, pr. J. de nupt. (I, 10); para la madre, áun antiguamente bastaba el silencio del padre, L. 25. C. de nupt. (V. 4); pero en ciertos casos hubo rescriptos imperiales que establecieron suficiente el silencio del padre tambien para el hijo. L. 5, C. de nupt. (V, 4). La insercion de un rescripto parecido en el Código, hace de esta insercion una regla general en armonía, de otra parte, con el favor concedido al matrimonio. Así, pues, el texto de las Institutas que exige el consentimiento prévio del padre, expresa el rigor del antiguo derecho, y ha sido insertado por inadvertencia en la compilacion.

(*g*) L. 2, pr. ad municip. (L, 1); L. 1, C. de filiisfam. (X, 60).

(*h*) L. 1, § 4, de agnosc. (XXV, 3).

(*i*) L. 2, § 2, sol. matr. (XXIV). Por extension de esta regla el pa-

tiene conocimiento del hecho y no reclama, su silencio equivale á una restitucion (*k*). El padre que deja á su hijo levantar un empréstito se reputa que da su consentimiento (*l*). De igual modo, si el hijo ó el esclavo comercian con su peculio, el silencio del padre ó del señor equivale á su consentimiento, y el efecto de éste es someter al que lo da á la *actio tributoria* (*m*). El propietario que despues de espirar el arrendamiento deja al locatario usar de la cosa arrendada, consiente por esto mismo en una prolongacion del contrato (*n*).

Si alguno se presta expontáneamente como caucion por un deudor y este calla despues de saberlo, su silencio equivale á un mandato (*o*). El juicio de un arbitro no obliga á las partes sino por su consentimiento; pero si dejan pasar diez dias sin reclamar, su silencio se interpreta como aquiescencia (*p*). Cuando los trabajos ejecutados sobre un terreno exponen á un daño al vecino causado por las aguas pluviales y este vé los trabajos sin reclamar, está obligado á aprobarlos por su silencio (*q*).

En todos los casos excepcionales el simple silencio prueba la voluntad, del mismo modo que el acto positivo en los casos ordinarios de las manifestaciones de voluntad tácita. Así, segun las mismas razones el silencio deja de producir este efecto, desde luego, cuando las circunstancias señalan al silencio otro motivo y, además, cuando es el resultado de la violencia ó del error. En tales casos no seria cuestionable la protesta, pues ella consiste siempre en una declaracion expresa, exclusiva del simple silencio.

---

dre puede intentar la accion sin el consentimiento de su hija si ésta está enagenada, y por tanto, es incapaz de oponerse. Aquí tambien el consentimiento es ficticio.

(*k*) L. 37, pr. ad Sc. Treb. (XXXVI, 1).

(*l*) L. 12, 16, ad Sc. Maced. (XIV, 6).

(*m*) L. I, § 3, de tribut. act. (XIV, 4).

(*n*) L. 13, § 2; locati (XIX, 2). Del lado del locatario no hay solamente silencio, porque la continuacion del goce es un acto positivo.

(*o*) L. 6, § 2, mandati (XVII, 1); L. 60, de R. I. (L. 17).

(*p*) L. 5, pr. C. de receptis arb. (II, 56).

(*q*) L. 19, de aqua pluvia (XXXIX, 3).

§ CXXXIII.—III. *Manifestaciones de la voluntad. Manifestacion. Ficticia.*

Las diversas especies de manifestaciones de que he hablado hasta aquí tienen un caráter comun: la voluntad que manifiestan es para nosotros un hecho real, á pesar de la diversidad de medios que nos sirven para reconocerla. Hay, además, casos importantes á los cuales el derecho positivo atribuye los efectos de una manifestacion de voluntad sin que se pueda sostener la existencia de la voluntad: llamo á esta especie de manifestacion ficticia. Frecuentemente, sin duda, la ficcion descansa en una probabilidad general de voluntad; pero algunas veces tambien esta voluntad presumida no existe, siendo difícil establecer aquí una distincion además de inútil muy poco provechosa (*a*). Entre la manifestacion tácita, que siempre es real, y la ficticia hay diferencias esenciales: muchos casos de la última descansan no sobre un acto determinado que se podria intentar como signo de voluntad, sino en una relacion general, personal y permanente; además de que la ficcion se admite de ordinario allí en donde una voluntad real es frecuentemente imposible.

Hay manifestaciones ficticias de voluntad en los casos siguientes: si se trata de seguir un proceso contra una persona ausente, sus hijos, sus ascendientes, sus cuñados y sus manumitidos obran en calidad de procuradores ficticios, del mismo modo que el marido respecto á su mujer (*b*). Por lo que toca á las consecuencias del derecho de prenda, digo lo propio; en efecto, no se debe creer que en todos los contra-

(*a*) A primera vista pareceria conveniente expresar esta diferencia por las palabras *præsumptus* et *fictus*. V. Hofacker, I, § 183-185. En el texto doy las razones que me impiden aceptar esta fraseología. Otros autores se sirven de dichas expresiones para distinguir los casos en que la prueba contraria es ó no admisible; por ejemplo, Mühlenbruch, I, § 98. La terminología que adopto me parece la más sencilla y precisa, pues por ella se evita el empleo del *præsumptus consensus* que podria tambien entenderse de la declaracion tácita.

(*b*) L. 35, pr. de proc. (III, 3); L. 21, C. eod. (II, 13).

tos á los cuales va unido tal derecho el deudor haya querido realmente empeñar ciertos objetos. El que, por ejemplo, arrienda una casa ó una granja, como no esté versado en el derecho, se imaginará difícilmente que somete á un derecho de prenda sus muebles ó su recoleccion. Tiene esto lugar en virtud de una regla jurídica que supone una convencion natural y justa el derecho de prenda (*c*).

Cuando el acreedor autoriza la enagenacion de su prenda ó la constitucion de una prenda nueva sobre el mismo objeto, dicha autorizacion se interpreta siempre como la renuncia de la prenda ó como un derecho de preferencia dado al nuevo acreedor (*d*). Finalmente, en todos los casos en qué el simple silencio equivale al consentimiento, allí en donde en realidad este y su contradiccion son del mismo modo imposibles si se trata, por ejemplo, de la adopcion ó de la emancipacion de un *hijo*, ó si un padre despues de la disolucion del matrimonio de su hija atacada de enajenacion mental pide su dote (§ 132, *c*, *d*, *i*).

En los diferentes casos citados no se presume la existencia de la voluntad, y desde que así acontece no hay lugar á examinar, como para las manifestaciones de la voluntad tácita, si las circunstancias particulares añaden ó quitan algo á lo probable (§ 131). La violencia y el error no tienen desde luego la misma fuerza dirimente que para las manifestaciones de la voluntad tácita (*e*). Segun la regla una manifesta-

---

(*c*) Se podria dudar segun estas palabras: *tacite contrahitur* y creer que expresaban una manifestacion de voluntad tácita; pero esto no cabe constituya nunca una circunstancia decisiva, tanto ménos cuanto la L. 4, pr. in quibus caus. pign. (XX, 2) dice: «*quasi* id tacite convenerit» y la 6, pr. eod.: «tacite *intelliguntur* pignori esse,» lo que indica precisamente la existencia de una ficcion.

(*d*) L. 4, § 1; L. 7, pr. quibus modis pign. (XX, 6).—L. 12, § 4, qui potiores (XX, 4). Aquí tambien cabria tomar este consentimiento por una manifestacion de voluntad tácita; pero es preciso considerar que se trata de una regla general, y que en muchos casos no se podria pretender que el acreedor hubiese querido atribuir dicho resultado á su consentimiento.

(*e*) Si el legatario ha cedido á la violencia, el contrato es totalmente nulo y tambien con relacion á la constitucion de la prenda; pero no

cion de voluntad expresa, es decir, una protesta puede solo destruir la ficcion. Reconócese esto expresamente en los procedimientos incoados por parientes próximos, etc., cuando puede hacerse constar la voluntad contraria del ausente (*f*): lo mismo sucede respecto al consentimiento del acreedor con relacion á la venta de su prenda (*g*). En los principales casos de prenda tácita no hay evidentemente ninguna dificultad; así el propietario que arrienda una casa ó una granja, el fisco que firma un contrato, el marido al cual se promete una dote pueden por medio de una convencion particular renunciar á la prenda tácita.

De otra parte hay ciertos casos excepcionales en donde una protesta análoga es imposible ó está prohibida por el derecho positivo. Es imposible si se trata de la adopcion ó de la emancipacion de un *hijo*, ó de la repeticion de la dote de una hija enagenada, porque los hijos y los enajenados son incapaces de voluntad. Está prohibida relativamente á la prenda tácita que la mujer tiene sobre los bienes de su marido para la restitucion de la dote; porque renunciando al derecho de prenda la mujer haria peor su condicion jurídica con relacion á la dote, y una tal convencion está siempre prohibida, á ménos que no tenga por objeto el interés de los hijos (*h*). La renuncia á la prenda tácita que los menores y los impúberos tenian sobre los bienes de su tutor está igualmente prohibida; en efecto, la tutela que dá lugar á este derecho de prenda no resulta de un contrato, y, en general, ni del libre arbitrio del tutor. Este no sabria sustraerse á la tutela ni modificar por su voluntad los efectos jurídicos á ella unidos, y frente á frente del tutor no hay nadie cuya voluntad pueda tener este efecto.

---

puede decirse que la violencia excluya la voluntad tácitamente manifestada, porque en este caso no hay ninguna voluntad de constituir una prenda.

(*f*) L. 40, § 4, de proc. (III, 3): «... non exigimus ut habeant voluntatem vel mandatum, *sed ne contraria voluntas probetur*...»

(*g*) L. 4, § 1, quibus modis pign. (XX, 6).

(*h*) L. I, § I, de dote pr. leg. (XXXIII. 4); L. 17. de pactis dotal. (XXIII, 4).

§ CXXXIV.—III. *Manifestaciones de la voluntad. Manifestacion sin voluntad: Hecha sin intencion.*

He examinado hasta el presente las manifestaciones de la voluntad considerándolas en sus dos elementos constitutivos, la voluntad en sí (§ 114-129) y su manifestacion (§ 130-133); ahora voy á ocuparme de la relacion de ambos elementos, es decir, de su reunion, de su unidad. Sin embargo, es necesario no creer que ambos elementos sean entre sí independientes como la voluntad de un hombre lo es de la de otro, no encontrándose sino accidentalmente de acuerdo; estos elementos, por el contrario, están naturalmente reunidos. En efecto, la voluntad por sí sola es importante y eficaz, pero como hecho interno é invisible tiene necesidad de un signo exterior visible que la dé á conocer, y este signo que manifiesta la voluntad es precisamente la manifestacion; de donde se sigue que la voluntad y su manifestacion tienen entre sí una relacion, no accidental, sino natural y lógica.

Se concibe, no obstante, que dicha relacion natural se halle destruida; entonces hay contradiccion entre la voluntad y el signo, siendo á esta falsa apariencia á lo que se llama manifestacion sin voluntad.

Además, descansando todo órden jurídico sobre la certeza de los signos que, solos, ponen al individuo en relacion con sus semejantes, el desacuerdo no podria admitirse en el caso más sencillo que se puede concebir, desde el momento en que el que hace una manifestacion de voluntad tiene secretamente una voluntad contraria, aun cuando la hubiere expresado de otra parte por escrito ó ante testigos (*a*). La contradiccion citada no es admisible sino cuando ha podido reconocerse por el que estaba en contacto inmediato con el autor de la manifestacion, y por consecuencia no depende única-

---

(*a*) La C. 26, X. de spons. (IV, I) supone una parecida *reservatio mentalis* y, cosa singular, le concede efectos; pero no podemos ser inducidos á creer que en esta decision existe un principio jurídico. V. Bohmer, jus eccl. Pret. Lib. IV, tít. I, § 142.

mente del pensamiento de éste. Puede acontecer lo que decimos de dos modos: con conocimiento ó sin conocimiento del que obra, cuando se puede demostrar que el signo que en cualquiera otra circunstancia indicaria la voluntad, tiene aquí un sentido diferente, ó cuando el agente de la manifestacion está bajo la inflencia de un error que excluye toda voluntad, existiendo de ella una apariencia tan solo. En ambos casos hay manifestacion sin voluntad; pero en el primero con intencion y sin ella en el segundo.

La manifestacion sin voluntad y con intencion ofrece en teoría pocas dificultades; pero á veces hechos de un carácter dudoso hacen la aplicacion muy difícil. Hé aquí los principales casos de esta especie.

Palabras capaces por sí mismas de expresar una voluntad perfecta, pueden emplearse para representar el estado de indecision que sirve de antecedente á la verdadera voluntad (*b*).

Las palabras consagradas de ordinario á los actos jurídicos pueden pronunciarse, como fórmula de acatamiento, ora como término del lenguaje del derecho (*c*), ora con ocasion de una representacion dramática.

Pueden, además, aplicarse á un acto jurídico verdadero, pero con un sentido puramente simbólico, y por tanto perdiendo su significacion inmediata. Así el testamento entre los

---

(*b*) L. 24. de test. mil. (XXIX, 1). Se sabe que los testamentos de los soldados no estaban sujetos á ninguna formalidad. La ley dice á este propósito: «id privilegium sit intelligi debet... ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse... Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui, *Ego te heredem facio*: aut *Tibi bona mea relinquo*: non oportet hoc pro testamento observari... et per hoc juditia vera subvertuntur.» Aquí, como en los casos del mismo género, se trata de interpretar los términos (§ 121), y apreciar su relacion con el conjunto de las circunstancias exteriores.

(*c*) L. 3, § 2, de V. O. (XLV, 1): «Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per jocum puta, vel demostrandi intellectus causa ego tibi dixero: *¿Spondes?* et tu responderis, *Spondeo*: nascetur obligatio.» Dicho principio, admitido en materia de estipulaciones, se aplicaba con mayor razon á los otros contratos, cuya letra se subordinaba á la intencion de las partes.

romanos no conferia ningun derecho real al *familiæ entor* (*d*). La fórmula del contrato de venta se empleaba para la emancipacion y otros casos (*e*) de una manera puramente simbólica, y en una antigua forma de la *vindicatio* vemos contraer una *sponsio præjudicialis* de veinticinco sextercios, destinada únicamente á regularizar el procedimiento, y por cuya ejecucion no se reclamaba (*f*).

Cuando un acto jurídico ha sido determinado por amenazas no es más eficaz en sí; pero el derecho positivo ofrece al que sufrió las amenazas muchas clases de proteccion contra las consecuencias perjudiciales de dicho acto (§ 114). No sucede lo mismo cuando la amenaza tiene por objeto determinar, no la voluntad en sí misma, sino simplemente el signo de la voluntad cuando, por ejemplo, alguno cede á la amenaza y pone su nombre debajo de un acta que él no ha leido (§ 131). Aquí es evidente que no hay voluntad, pues el signatario ignoraba el contenido del acta, no viendo en el caso propuesto sino un signo destinado, no á manifestar la voluntad, y sí á precaver un mal inminente (*g*).

Citaré, por último, el caso de la simulacion, único del cual se ocupan generalmentc los autores. Se entiende por simulacion el caso en que muchas personas se ponen de acuerdo para dar á una declaracion un sentido diferente del ordinario (*h*). El principio general es que se debe seguir la

---

(*d*) Gayo, II, § 193.

(*e*) Gayo II, § 252, L. 66, de j. dot. (XXIII, 3).

(*f*) Gayo IV, § 93, 94.

(*g*) La distincion entre ambos casos, que en teoría no es dudosa, puede en la práctica ofrecer dificultades, porque sus límites se confunden. Sin embargo, no surgen de aquí graves inconvenientes, porque la nulidad del contrato ó la violencia tienen consecuencias casi análogas. Pero si el signatario del acta ha sido obligado por alguno cogiéndole la mano, entonces no obra del todo: más se pareceria su situacion á la de aquel cuya firma imitasen. Como no hay declaracion alguna de su parte, no hay tampoco necesidad de probar que dicha declaracion es contraria á su voluntad.

(*h*) A este asunto es al que se refiere el título del Código: Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur (V. 122).—Una intencion inmoral é injusta sirve ordinariamente de base á la simulacion, pero esto no es verdad en todos los casos.

intencion verdadera de las partes, sin fijarse en el sentido aparente de las palabras (*i*). Hay lugar de aplicar este principio:

1.° Cuando las partes no han querido verificar un acto jurídico, ni aun uno que se haya expresado (*k*).

2.° Cuando han querido realizar un acto distinto del expresado (*l*).

3.° Tambien si la relacion de derecho se ha establecido para otras personas distintas de las designadas por la manifestacion de la voluntad (*m*).

Todos los casos anteriores, á pesar de sus diferencias, tienen como carácter comun el de que la contradiccion entre la voluntad y su manifestacion no reside solo en el pensamiento del que obra, pudiendo ser conocida de los que se hallan en contacto inmediato con él.

§ CXXXV.—III. *Manifestaciones de la voluntad. Manifestacion sin voluntad. Sin intencion* (*a*).

Cuando hay manifestacion sin voluntad y sin intencion, el que obra ha querido realizar un acto jurídico verdadero, pero no ha tenido la voluntad necesaria para llevarlo á cabo. El error acompaña siempre á semejantes manifestaciones; pero es el motivo de la proteccion concedida contra el daño que

---

(*i*) L. I, C. tít. cit.

(*k*) L. 64. de A. et O. (XLIV, 7); L. 55. de contemt. (XVIII, I); L. 4, § 5, de in diem addit. (XVIII, 2); L. 30 de rit. nupt. (XXIII, 2); L. I, C. de don. ante nupt. (V. 3); L. 20, C. de don. int. (V. 16); L, 3, C. de repud. (V. 17).

(*l*) L. 36, 38, de contr. emt. (XVIII, I); L. 14, pr. de in diem addict. (XVIII. 2); L. 46, loc. (XIX, 2); L. 5, § 5, L. 7,-6, de don.int. vir. (XXIV, I): L. 3, C. tít. cit.; L. 3. C. de contr. emt. (IV. 38),—En muchos de estos textos no se sabe si se trata de una simulacion ó de una falsa denominacion dada á un contrato, pudiendo presentar en la práctica la misma incertidumbre. Pero como en ambos casos el resultado es el mismo, no es esto un inconveniente.

(*m*) L, 2, 4, C. tít. cit; L. 5, 6, C. si quis alteri vel sibi (IV, 50): L. 16, C. de don. int. vir. (V, 16).

(*a*) Este asunto se trata de un modo general en H. Richelmann, der Einflusz des Irrthums auf Verträge. Hannover, 1837.

entraña, pues es siempre un motivo negativo, es la falta de voluntad, y la voluntad sola podria justificar el daño (*b*). El error es, pues, aquí lo que se llama de otra parte el error impropiamente dicho (*c*); distincion que no tiene exclusivamente el mérito de ofrecer á la teoría una definicion clara y precisa, sino que está ligada tambien á circunstancias muy importantes en la práctica. Así, un error parecido dispensa de toda obligacion sin que haya habido lugar para examinar si era ó no fácil de prever (*d*). Pero no es necesario creer que el error sea aquí ménos importante que en otros casos el error propiamente dicho: lo es por otro título, porque nos muestra que la voluntad que parece resultar de la manifestacion no existe en realidad (§ 134), y que desde entonces no hay lugar á admitir sus consecuencias jurídicas.

La dificultad del caso que nos ocupa procede de la multitud de formas bajo las cuales se presenta y de las que voy á dar desde luego una idea. Se refieren tanto á la persona inducida á error cuanto al objeto mismo de este.

Respecto á la persona, hay dos casos principales posibles:

A. La voluntad de un indivíduo está en contradiccion consigo misma.

(*b*) En el caso de la *condictio indebiti*, es el error quien da lugar al derecho de repeticion, porque el pago es en sí mismo un acto válido y eficaz, encontrándose solo anulado excepcionalmente y por consecuencia del error. Si, por el contrario, en la venta de una casa hay *error in corpore*, el que rehusa el cumplimiento del contrato alega la falta de consentimiento mútuo, es decir, la falta de contrato. Dicha falta de consentimiento mútuo, si hubiera sido conocida de las partes, habria impedido indudablemente que naciera la obligacion: áun cuando desconocida durante cierto tiempo no produciría ménos este efecto. Así, pues, no es desde luego el error el que impide el nacimiento de la obligacion, pues que independiente de él no la habria tampoco.

(*c*) Apéndice VIII; Núm. XXXIV.

(*d*) En la especie citada (nota *b*) el vendedor puede haber designado claramente la cosa que vendia y el comprador haberlo entendido mal por inadvertencia. Aun cuando esta falta de atencion sea censurable, el comprador no ha querido nunca comprar la cosa ofrecida. Además, sin esta voluntad no hay contrato relativamente á la cosa designada, y sin contrato no hay obligacion.

Este caso puede presentarse todavia en una manifestacion unilateral de voluntad, si por ejemplo, un testador se engaña acerca de las personas y nombra un heredero ó un legatario distinto del que deseaba, ó se equivoca sobre las cosas y lega una por otra.

En cuanto á las manifestaciones de voluntad sinalagmáticas, el error puede estar solo de una parte (*e*) ó de ambas (*f*).

B. La voluntad de cada una de las partes contratantes es conforme á su manifestacion, de suerte que cada uno de ellos quiera y exprese una cosa verdadera, pero distinta de la que el otro ha entendido. Aquí cada uno se engaña únicamente acerca de la voluntad y de la manifestacion del otro. Para admitir un error, es necesario identificarlos artificialmente como sujetos de una voluntad comun, por donde se vé que este caso entra de lleno en los antes expuestos (*g*).

Si para cada uno de los casos dichos existia una regla especial, y para cada texto del derecho romano era necesario buscar cual de estos tenia presente el antíguo jurisconsulto, nuestra tarea sería muy difícil: afortunadamente no sucedia así. Todos estos casos tienen de comun que excluyen en absoluto la existencia de una manifestacion de voluntad eficaz y nunca constituyen un verdadero acto jurídico. Si los he enumerado aquí, es con el fin de hacer resaltar la multitud de aplicaciones del principio general (*h*).

(*e*) Así, por ejemplo, uno compra un vaso de plata dorada tomándolo por uno de oro, en tanto que el vendedor sabia que era de plata. Aquí puede suceder además que el vendedor conozca ó ignore el error del comprador.

(*f*) Si, v. g., el comprador y el vendedor creian ambos que el vaso de plata dorada era de oro.

(*g*) Segun que se adopte un punto de vista ú otro, puede considerarse este caso como *dissensus in corpore* ó como *error in corpore*. Ambas expresiones son, pues, igualmente justas y responden á los dos aspectos de una misma idea. Ambas se hallan en las fuentes y los antíguos jurisconsultos las empleaban indistintamente. V. L. 9, pr., § 2, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 57, de O. et A. (XLIV, 7); L. 4, pr. de leg. I (XXX, un.). Aquí la mala inteligencia procede frecuentemente de que de una parte y de otra la voluntad no era claramente expresada.

(*h*) Error unilateral y bilateral son las expresiones técnicas que

Respecto al objeto del error, citaré los casos siguientes:

I. El error puede referirse al contenido de la voluntad en su conjunto; si, por ejemplo, alguno firma un acta (§ 131) substituida al acta verdadera ó leida infielmente, ó si un mandatario abusa de un sello en blanco que le ha sido entregado y lo llena de una manera contraria á las intenciones del signatario.

Este caso no es susceptible de ninguna duda y no tiene necesidad de desarrollo ulterior.

II. El error puede tambien referirse solo á una parte de la voluntad, á saber:

1.° A la naturaleza del acto jurídico;

2.° A la persona en cuya presencia se halla para la formacion de la relacion de derecho;

3.° A la cosa que forma el objeto de la relacion jurídica.

Los tres últimos casos son los únicos que merecen algunas consideraciones, y áun cuando voy á examinarlos al pormenor, importa antes profundizar su naturaleza comun. En cada uno de ellos vemos un error acompañando al acto jurídico, error que nos revela la falta de la voluntad verdadera y que desde el momento en que así sucede invalida el acto. Pero no sucede siempre de este modo, y por esto es por lo que importa determinar rigurosamente en qué límite se ejerce dicha influencia. Los autores modernos señalan muy bien la distincion por medio de las expresiones error esencial y error no esencial. Así, tomando de nuevo la clasificacion precedente, tendré desde luego que precisar los casos en que hay error esencial, y despues añadiré algunos ejemplos de error no esencial, á fin de prevenir las extensiones equivocadas que cabria hacer de los unos á los otros.

---

emplean los autores modernos y que cada uno define á su modo, segun que abraza más ó ménos completamente los casos propuestos. V. Thibaut, Pandekten, § 449, 450; Versuche II, p. 120; Richelmann, p. 9. El mérito de esta fraseología es inútil discutirlo: vale más abstenerse de toda consideracion. Por lo demás, cuando coloco en la misma línea todos estos casos, quiero decir que en ninguno de ellos hay contrato válido. Sin duda que el dolo de una de las partes puede tener consecuencias especiales, pero caen fuera de mi propósito, porque hablo únicamente de los efectos de la manifestacion de voluntad.

Es conveniente traer aquí á comparacion ciertas circunstancias expuestas anteriormente y que hacen más ó ménos eficaz la voluntad, el fraude y la violencia (§ 114-115). Allí habia realmente una voluntad, pero cuyos efectos neutralizaba el derecho positivo: aquí por el contrario se niega absolutamente la existencia de la voluntad y de toda relacion de derecho que seria su consecuencia. Se puede aplicar á esta distincion una fraseología romana: en los casos de la violencia y del fraude se admite una nulidad *per exceptionem* que responde perfectamente al fin: en el caso del error esencial la relacion de derecho es necesariamente nula *ipso jure.*

§ CXXXVI.—*III. Manifestaciones de la voluntad.—Manifestacion de voluntad. Sin intencion.*—(Continuacion).

Entre los casos de error esencial, y por consiguiente, exclusivo de la voluntad, el primero y más evidente es el que se refiere á la naturaleza misma de la relacion jurídica.

Si, pues, yo prometo á alguno prestarle una cosa y entiende que le hago donacion de ella, no estoy de ningun modo obligado. De igual manera si quiero dar á alguno una suma de dinero y él la recibe como préstamo no hay obligacion alguna de préstamo contraido (*a*).

Un segundo caso no ménos evidente de error esencial es el que afecta á la persona en cuya presencia nos hallamos para la formacion de la relacion de derecho. En muchas de sus aplicaciones este principio no ha sido nunca puesto en duda. Así, pues, si en un testamento escrito un testador nombra heredero mientras que tenia presente de un modo cierto otra persona con la cual confundió al primero, la institucion no es válida para ninguno de ellos (*b*). Esta determinacion se

---

(*a*) L. 3, § I, de O. et A. (XLIV, 7): «...non obligabor si, quia non hoc inter nos factum est.» L. 9, pr, de contr. emt. (XVIII. I): «...sive in ipsa emtione dissentient... emtio imperfecta est...» Se verá en el § 161 la aplicacion especial de este principio á la donacion.

(*b*) L. 9, pr. de her. inst. (XXVIII, 5): «Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserint, in corpóra hominis errans...»

concibe más fácilmente todavía si se trata de un testamento verbal, y el testador designando con la mano á su heredero ó legatario confunde las personas, sea á causa de la debilidad de su vista ó de la falta de luz que hubiera en la habitacion del enfermo. La nulidad de un matrimonio contraido en condiciones semejantes no es dudosa, áun cuando los pretendidos esposos hubieran recibido la bendicion de la Iglesia (c). Del mismo modo es nula tambien una obligacion contractual cuando una de las partes cree tratar con una persona distinta de aquella con que realmente trata. En muchos casos esto es demasiado evidente para ponerlo en duda: si, por ejemplo, quiero hacer una donacion á una persona determinada, pero que no he visto nunca y se me presenta otra: si deseo encargar una obra de arte á un artista determinado y otro, fingiéndose el que buscaba yo, se presenta á contratar conmigo.

Algunos autores han querido, sin razon, restringir á estos casos la aplicacion del principio, siendo así que hay que admitirlo en general (d): las decisiones del derecho romano no permiten dudar de esta afirmacion. Si creo recibir de Gayo un préstamo que Seyo es quien lo hace, no hay obligacion del préstamo contratado (e); si bien es verdad que Seyo tendrá contra mí una accion, á pesar de que no sea una accion especial (f) sino la *condictio* ordinaria *ob causam datorum*. En efecto, Seyo me ha dado el dinero en la esperanza de que yo me haré su deudor, y esta esperanza se frustra por mi error acerca de su persona (g). Si creo hacer un

---

(c) Eichhorn, II, p. 352..

(d) Thibaut, Pandekten, II, p, 414; Mühlenbruch, § 338 y principalmente Richelmann, p. 24-32 que trata profundamente la cuestion.

(e) L. 33, de reb. cred. (XII, I): «...non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest...»

(f) Así, por ejemplo, se la ha querido llamar *Juventiana condictio* del nombre de Juventius Celsus autor del texto citado de las Pandectas. V. Glück, XII, p. 25; XIII, p. 200.

(g) Este caso es absolutamente análogo al en que habiéndose prometido en dote una suma de dinero, no se realizara el matrimonio: además, tambien se desvanecia la *dotis obligatio* que estaba en espectati-

préstamo á Ticio, hombre rico á quien no conocia personalmente y se me presenta otro en su lugar, no hay obligacion de préstamo contraida, la propiedad del dinero no se trasmite al que la ha recibido, y además, si era cómplice en el fraude, debia ser perseguido como ladron (*h*). La opinion equivocada de muchos autores sobre este punto procede de que frecuentemente la sustitucion de personas no compromete ningun interés, dejándose válido desde entonces el contrato, cuya nulidad podria en todo caso ser reclamada; algunas veces tambien áun despues de descubierto el error se ratifica expresamente (*i*).

Nos queda ahora que hablar del error sobre la cosa, es decir, sobre el objeto del derecho que, revistiendo formas más variadas que el error sobre la persona, presenta por ello mayores dificultades.

Hé aquí la forma más sencilla y evidente bajo la cual se nos muestra esta especie de error. La relacion de derecho tiene por objeto una cosa designada individualmente, y siendo así, cuanto se oponga al esclarecimiento de dicha individualidad constituye *error* ó *dissenssus in corpore* (§ 135, *g*). En tal caso no hay sin duda acto jurídico: veamos algunos ejemplos: un testador quiere legar una cosa y la confunde con otra que designa; entonces el legado no es válido para

---

va: L. 6; L. 7, § I; L. 8, de cond. ob causam datorum (XII, 4). Esto resulta de la naturaleza general de la condicion que se aplica á las cosas dadas para una *causa futura* falsa; del mismo modo que la *condictio sine causa* et *indebiti* se aplica á la *causa præsens* et *præterita*.

(*h*) L. 52, § 21; L. 66, § 4, de furtis (XLVII, 2),

(*i*) Desde que compro ó vendo una cosa, la persona del vendedor me es de ordinario indiferente; pero puede suceder de otro modo á causa del derecho de eviccion que compete al vendedor ó de la insolvencia del comprador. En materia de préstamos la persona del deudor tiene mucha importancia: la del acreedor menos. Cuando arriendo una casa puede la persona del locatario, en general, considerarse como importante; pero este interés disminuye en razon de que el derecho romano, admitiendo la *sublocatio*, puede llegar al mismo resultado que por medio de un locatario interpuesto. El principio general es el de que cada uno puede invocar la nulidad del contrato.—Veremos § 161 una modificacion á las reglas precedentes en materia de donaciones.

ninguno de ambos (*k*). Si en un contrato de venta no se entienden comprador y vendedor y tiene cada uno presente una cosa iudividualmente distinta, no hay contrato. Este principio se aplica igualmente al arrendamiento y á la sociedad (*l*), á las estipulaciones (*m*) y á las donaciones que pueden hacerse con y sin estipulacion (*n*). La tradicion exige tambien la conformidad de ambas voluntades, de otro modo no es válida (*o*) y no trasfiere la propiedad directa ni la capacidad para la usucapion (*p*). Sólo en un caso, el de una contestacion judicial, la mala inteligencia sobre la individualidad de la cosa no impide la validez de los actos jurídicos. Si, pues, segun el juicio el demandado sostiene que no habia tenido presente la misma cosa que el demandante, no se admitia su delegacion, porque se podria fácilmente por este medio convertir en un juego las decisiones judiciales (*q*).

El objeto de la relacion de derecho que da lugar al error, puede ser una cosa determinada sólo por su especie y su cua-

---

(*k*) L. 9, § 1, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 4, pr. de leg., I, (XXX, un.).

(*l*) L. 9, pr. de contr. emt. (XVIII, I); L. 57, de O. et A. (XLIV, 7).

(*m*) § 33, 7 de inst. (III, 19): L. 83, § I; L. 137, § I, de O. et A. (XLV, I). Así, pues, la distincion de contratos unilaterales y sinalagmáticos como de *b. f.* et *str.* j. *contractus* no tiene ninguna influencia. Es verdaderamente el caso del *error in corpore* en los contratos el que se refiere á este texto muy vago. L. 116, § 2, de R. J. (L. 50): «Non videntur qui errant consentire. V. Ap. VIII. Num. VII, y XXXIV, *g*.

(*n*) L. 10, C. de donat. (VIII, 54).

(*o*) L. 34, pr. de adqu. poss. (XLI. 2).

(*p*) L. 2, § 6, pro emt. (XLI, 4).

(*q*) L. 83, § I, de V. et O. (XLV, I): «... auctori potius credendum est, alioquin semper negabit reus se consensisse.» Pero no es necesario, y esto se entiende por sí mismo, que el demandante, por una exposicion inexacta, haya él mismo ocasionado el error. Independientemente de este caso el demandado se hará fácilmente restituir si su error es verdadero y está justificado su interés. En el antiguo procedimiento de los romanos los *manus consertæ*, como preliminares de la reivindicacion, tenian precisamente por objeto hacer imposible todo error acerca del objeto del litigio. A este efecto eran llevadas las cosas muebles ante el pretor, y cuando se trataba de un inmueble las partes lo veian juntos.

lidad. Si el error se refiere á la especie misma de la cosa se asimila este caso al del *error in corpore* cuando, por ejemplo, en una venta de granos el vendedor entiende centeno y trigo el comprador Si la mala inteligencia versa sólo sobre la cantidad *(r)* ó éste es el único objeto del contrato ó se se refiere á una prestacion recíproca: en el primer caso se considera como verdadero objeto del contrato la cantidad menor, porque respecto á ésta hay acuerdo indudablemente (*s*). En el segundo es necesario distinguir si el que debe dar la cantidad dudosa la estimó más grande ó ménos que la otra parte contratante; si ha deseado lo primero el contrato es válido; si lo segundo no hay contrato (*t*). Estas son malas inteligencias sobre la cantidad que no deben confundirse con el caso siguiente: «lego diez escudos que se hallarán en mi caja el dia de mi muerte;» el legatario no puede nunca reci-

---

(*r*) Aquí no se piensa de ordinario sino en una suma de dinero; pero en otros objetos cabe tambien error respecto á la cantidad, si por ejemplo el vendedor ofrece 500 medidas de centeno y el comprador entiende 300. Se puede además fijar el precio de cada medida ó de la totalidad sin que haya en esto ningun error sobre la cantidad. Errores semejantes sobre la cantidad se conciben fácilmente cuando los asuntos se tratan por correspondencia y las cifras no se escriben con claridad.

(*s*) L. I, § 4, de V. O. (XLV, I). En efecto, el que ofrece veinte ha ofrecido realmente diez sobre diez: si la otra parte acepta diez en la creencia de que no se le ofrece otra cosa, da para estos diez su consentimiento, y por consecuencia hay contrato; en cuanto á los otros diez no hay contrato y, recíprocamente, en el caso inverso.

(*t*) L. 52, locati (XIX, 2): «Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.» En enfecto, el que ofrece diez por precio de un arrendamiento, ha ofrecido cinco implícitamente y para dichos cinco hay consentimiento. Pero el propietario que quiere arrendar diez no tiene ninguna razon para contentarse con cinco. Puede parecer raro que en este ejemplo se hable de una suma tan pequeña como pago de un dominio; pero es preciso tener en cuenta que cuando los antiguos jurisconsultos tomaban números cardinales como ejemplo, entendian de ordinario «tantas veces» 1.000 sextercios. Así *decem* es una renta anual de 10.000 sextercios, poco más de 1.800 pesetas.

bir más de diez escudos, sino ménos, ó áun nada si no se encuentran en la caja. Dicha regla se aplica á las estipulaciones en donde se admite que el deudor estaba en dudas sobre el estado de su caja (*u*), descansando sobre la interpretacion siguiente del acto: el deudor ofrece á su acreedor el dinero contenido en su caja, pero fijando un máximum determinado. Esta decision entra en las reglas establecidas para la interpretacion de los actos; pero admitida dicha interpretacion no se trata de ningun modo del error, es decir, de la contradiccion entre la manifestacion y la voluntad.

§ CXXXVI.—*Manifestaciones de la voluntad.—Manifestacion sin voluntad.—Sin intencion.—Error in substantia.*

La enumeracion que precede de los casos de error esencial podria pasar como completa en sí; sobre todo, parece que no deberia llamarse error esencial el que no descansa sino sobre una de las cualidades de la cosa individualmente designada. Hay casos, sin embargo, en que semejante error tiene todos los efectos del esencial. Antes de estudiar su naturaleza, debemos reconocer que esto son excepciones rigurosamente determinadas; porque asentar en principio que todo error sobre una cualidad cualquiera de la cosa que forma el objeto de la relacion de derecho excluye la voluntad, seria destruir la seguridad de las transaciones sociales.

Los autores modernos designan los casos de esta especie por la expresion técnica de *error in substantia*, y dicha expresion como otras muchas de su género no ha contribuido poco á embrollar el asunto. El uso de esta pretendida frase técnica ha llevado irremisiblemente á suponer un principio dominante, que se puede traducir así: *Quotiens in substantia erratur, nullus est consensus.* Veremos, siguiendo esta investigacion, cuán lejos de la verdad se halla semejante principio (§ 138, *a*).

Se trata ahora de examinar los diferentes casos en que el

(*u*) L. 108, § 10, de leg. I (XXX, un.); L. 1, § 7, de dote præleg. (XXXIII, 4).

error sobre las cualidades de la cosa surte los mismos efectos que el *error in corpone* y de referir, si es posible, los casos todos á una regla comun. Aquí es preciso tener en cuenta menos las nociones abstractas que consultar la opinion general y los usos de la vida real, lo cual quita á nuestro trabajo su carácter puramente jurídico.

Los jurisconsultos romanos citan cuatro casos especiales de este género:

1.° Si alguno compra un objeto (*a*) de bronce (*b*), que tomaba como de oro;

2.° Un objeto de plomo, de cobre, etc., ó aun de madera, que toma como de plata (*c*);

3.° Vinágre que cree vino (*d*);

4.° Finalmente, una esclava que toma por un esclavo (*e*). En estos casos diferentes no hay consentimiento del comprador.

En los tres primeros casos el error está en la materia,

(*a*) Como los textos citados hablan de ordinario de *aurum*, *œs argentum*, *plumbum*, podria creerse que se trataba de metales no trabajados; pero de hecho se trata de metales trabajados, como lo prueba el ejemplo de la L. 14 de cont. emt. (XVIII, I) en donde lo que desde luego se llama *aurum* y *œs*, se especifica enseguida como *viriola* aurea et œnea; del mismo modo vemos tambien, L. 45 ed. «vas aurichalcum.» Debo añadir que los ejemplos tomados de las relaciones de la vida ordinaria se refieren naturalmente á los metales trabajados. Los metales brutos no son de ordinario asunto de un contrato sino para los comerciantes, obreros ó fabricantes, y es raro que estos se engañen en lo que forma el objeto de su profesion.

(*b*) Æs, este metal, del cual hacian tanto consumo los romanos y del que se conservan tantos monumentos en los utensilios y estatuas de la antigüedad, no era el cobre, sino una mezcla de la cual el cobre formaba la base.

(*c*) Acerca de estos dos primeros casos véanse L. 9, § 2; L. 10; L. 14; L. I; § I, de contr. emt. (XVIII. I). En este último texto, *mensa argento cooperta* puede lo mismo significar madera que metal plateado.

(*d*) L. 9, § 2, de contr. emt. (XVIII, I). Aquí se hace notar expresamente que este debe ser vinagre verdadero, es decir, preparado como tal y no vino ágrio. Relaciónase este texto con la L. 9. § I, de tritico, (XXXIII, 6).

(*e*) L. II. § I, de contr. emt. (XVIII, I).

que alguna vez se llama *substantia* (*f*), pero que otros muchos textos designan por el sinónimo de materia (*g*). Esta circunstancia solo debe hacernos dudar al poner al frente de esta investigacion, *error in subsanttia*, sobre todo, cuando no se dice que todo error sobre la materia, y solo este género de error equivale á un *error in corpore*. Desechemos por un instante la idea abstracta de materia y examinemos atentamente cada uno de los diferentes casos.

Por lo que hace á las obras de metal, entre la mercancía que el comprador cree recibir y la que efectivamente recibe, hay una grande diferencia de valor. Dicha diferencia, que desde luego salta á la vista, no es sin embargo aquí la circunstancia esencial, porque no tendríamos ningun medio de aplicar con seguridad este término de comparacion á otras materias, y además, la diferencia del oro de mucha ley al de poca no constituye nunca un error esencial, (*h*) á pesar de la diferencia de valor, sobre todo, cuando la proporcion de la liga es de todo punto indeterminada. Si consultamos ahora la opinion generalmente adoptada en el comercio, veremos que los objetos de oro y plata, comparados con los de otros metales, se consideran como un género de mercancía especial. La diferencia fundamental procede de que para los metales preciosos, despues que el objeto fabricado ha sido destruido ó pasa de moda, subsiste la materia, que es por sí importante, en tanto que para los otros metales este valor es muy insignificante y en ocasiones nulo. Vemos tambien que la fabricacion y la venta de los metales preciosos forma una rama especial de comercio. Si nos atenemos á este punto de vista natural, confirmado además por la práctica diaria, tendre-

---

(*f*) L. 9, § 2, de contr. emt. (XVIII, I).

(*g*) L. 9, § 2, L. II, pr., L. 14, de contr. emt. (XVIII, I). Así en el exámen de la cuestion relativa al trabajo de la casa de otro, *materia* es opuesto á *species*; § 25, J. de rer. div. (II, I); L. 7, § 7; L. 24, de adqu. rer. dom. (XLI, I).

(*h*) L. 10, 14, de contr. emt. (XXIII, I). En el último texto, *si inauratum aliquid sit*, no quiere decir si el vaso es dorado y si la materia del vaso es una mezcla de oro y otro metal. Esto resulta de relacionar las expresiones que preceden; además de que si se tratase de un vaso dorado *aliquid* no tendria sentido alguno.

mos que las condiciones y los límites de la regla propuesta son los siguientes:

Se aplica esta regla exclusivamente á los objetos que fabrican los artesanos, no á los objetos propiamente dichos de arte para los cuales la materia es cosa secundaria (*i*). Tambien se aplica á los objetos dorados ó de plaqué (*k*), porque si concurren efectivamente dos metales preciosos, no se hallan, una vez destruida su forma, ya separados. Finalmente se aplica tambien al vaso de plata dorada que se toma como de oro, porque la diferencia de valor entre el oro y la plata es comercialmente tan importante como la que existe entre los metales preciosos y los que no lo son. No tiene aplicacion á los utensilios de los metales no preciosos, si hay error sobre la naturaleza de dichos metales; porque aun cuando la diferencia del metal influye de ordinario sobre su valor, la forma y el destino del objeto es más frecuentemente lo principal y la especie del metal lo secundario, como para un vaso de oro su ley. De tan diversas aplicaciones resulta claro que, aun para los metales trabajados, la regla descansa en un principio distinto de la idea abstracta de la materia.

En cuanto al vino y al vinagre hay sin duda una diferencia de materia, y de otro lado, no se puede decir en general que la diferencia del valor sea aquí decisiva, porque el vinagre de una cualidad superior y ventajosamente preparado puede ser mucho más caro que el vino mediano; y aun el vino torcido, por consiguiente muy malo, no seria razon bastante para un error esencial. Aquí, pues, como para los me-

---

(*i*) Para una escultura de Benvenuto Cellini es una consideracion secundaria que sea de oro ó de plata. La vajilla de oro ó de plata se compra de ordinario al peso, bien que no se prescinda de la forma; es decir, que el precio aumenta algo sobre el peso. Respecto á los relojes la cuestion podria parecer dudosa, porque lo que se llama un reloj de oro no es otra cosa que un reloj en una caja de oro. Así para un reloj ordinario el error sobre la materia de la caja seria un error esencial, pero no para un reloj cuya máquina tuviere un trabajo extraordinario. Si se trata de un cronómetro, por ejemplo, el valor de la caja es un accesorio de poca importancia.

(*k*) L. 41, § I, de contr. emt. (XVIII, I). Véase nota *c*.

tales trabajados, el error esencial está determinado no por la diferencia de precio, sino por la semejanza completa de la mercancía.

Finalmente, para los esclavos de distinto sexo la diferencia no procede de su valor venal, porque de ordinario se vendia más cara una mujer esclava que un hombre. Seria más extraordinario aun buscar la diferencia en la materia, así ningun jurisconsulto romano ha procurado nunca verla en la *substantia* ó *materia*. Pero destinados los esclavos á servir y á trabajar, los hombres eran empleados fuera de la casa para el cultivo del campo y el entretenimiento de las fábricas, y las mujeres para el servicio interior y los trabajos de aguja, considerándose por esto ambos sexos como diferentes mercancías, por lo cual tambien un error sobre el sexo constituia un error esencial. Aquí es, pues, necesario no atenerse á la idea abstracta del sexo, y extender la regla á la venta de los animales; de este modo el uso que por ejemplo se hacia de los caballos, es frecuentemente ageno á su sexo, no constituyendo error esencial el que naciera por esta causa.

Si ponemos en relacion estas diversas aplicaciones, se deduce el principio general siguiente. El error acerca de una cualidad de la cosa es esencial desde que, segun las ideas admitidas en las relaciones de la vida real, la cualidad falsamente supuesta coloca la cosa en otra clase de objetos que aquella de que formaba parte. Por esto la diferencia de la materia no es una condicion necesaria ni suficiente siempre, y la expresion *error in substantia* es desde este momento una designacion impropia (*l*).

(*l*) El que compra vino no cree hacerlo de un líquido cualquiera contenido en un tonel; es vino lo que se propone adquirir. De igual modo el que compra un vaso de oro no piensa en un vaso en general, sino en el oro que constituye su materia. Esta idea se expresa tambien en derecho romano: se compra una *species*, pero con la condicion tácita de que pertenece á un *genus* determinado. Si, pues, en lugar de vino el tonel contiene vinagre, seria un caso parecido á aquel en que el vendedor de un esclavo hubiera ocultado bajo un vestido ó bajo el nombre muy comun de Sticus otro esclavo que el que el comprador tenia presente.

Voy á hacer aplicacion de este principio á ciertos casos no mencionados en las fuentes del derecho. Hay error esencial cuando se venden diamantes falsos ó perlas igualmente falsas como verdaderas (*m*). Lo mismo sucede con los animales de diferentes clases, porque nadie compra un animal *in abstracto*; pero cada especie forma una clase particular de mercancía, indiferentemente de su valor en venta. Lo mismo digo de las metales en barras, por que cada una forma una especie particular de mercancía: diferentes especies de granos y diferentes líquidos, independientemente del vino y del vinagre (*n*). Por último, se puede asimilar todavía al caso precedente el que sigue: Si compro un inmueble en que existe una casa ó un bosque sin saber que estos acaban de ser incendiados, el objeto del contrato, el inmueble, subsiste siempre (*o*); pero en el comercio ha cambiado de naturaleza, porque todo el mundo establece una diferencia entre un terreno inculto y una casa. Tambien es nulo el contrato (*p*); pero esta nulidad se considera aquí bajo otro punto de vista. El objeto mismo del contrato se reputa destruido, lo que tiene muchas conse-

(*m*) Esta regla se aplica á las piedras y á las perlas que no están montadas, y á aquellas cuya montura no tiene por objeto sino sostenerlas ó hacerlas resaltar, tales como una sortija de brillantes ó un prendido de mujer. Seria de otro modo si las piedras no estuviesen colocadas sino como ornamento, por ejemplo, de un vaso: entonces las piedras son un accesorio, aun cuando su valor puede ser muy superior al del vaso. V. C. 19, § 13-16, § 20, de auro (XXXIV, 2).

(*n*) La cuestion de identidad ó de diferencia puede variar segun las circunstancias y aun segun los hábitos individuales, V. L. 9, de tritico (XXXIII, 6). Por lo demás, en todos estos casos se supone que el contrato se refiere á sacos ó toneles determinados de mercancía, es decir, á una *species*. He hablado, § 136, del caso distinto en que el contrato se referia á un *genus*.

(*o*) C. 98, § 8, de dest. (XLVI. 3): «... Non est his similis area, in qua ædificium positum est non enim dosiit in rerum natura esse, imo et peti potest area, et æstimatio ejus solvi debebit: *pars enim insulæ area est, et quidem maxima, cui etiam superficies cedit...*»

(*p*) L. 57, 58, de contr. emt. (XVIII, I).

cuencias especiales (*q*); sin embargo, se puede creer en una analogía de este caso para la cuestion que nos ocupa.

En los casos siguientes, por el contrario, el error no se estima como esencial, es decir, como exclusivo de la voluntad. Para el oro bueno ó de baja ley (nota *h*); para el vino bueno ó malo (nota *d*); para los utensilios de metales no preciosos; para una esclava falsamente considerada como vírgen (*r*); para los vestidos buenos ó viejos (*s*). Finalmente, hay un caso

---

(*q*) En efecto, en este caso la estipulacion es nula (L. I, § 9, de O. et A., (XCIV, 7), en tanto que seria válida en el caso de un error esencial: si, por ejemplo, el bronce habia sido tomado como oro. L. 22, de V. O. (XLV, I).

(*r*) L. II, §., de contr. emt. (XVIII, I). Así, pues, la venta es perfecta y válida en sí. El comprador no tiene ni aun una accion en compensacion del contrato, á no ser que el vendedor le haya engañado; L. II, § 5, de act. emti (XIX, I).

(*s*) L. 45, de contr. emt. (XVIII, I): «si vestimenta interpola quis *pro novis emerit.*» Segun estas palabras es igualmente posible que el vendedor haya dado los vestidos por nuevos sabiéndolo ó no, ó que el comprador los haya tomado por nuevos. Pero la primera hipótesis es la única admisible; aquí no hay error esencial, porque el contrato se supone válido, y no hay más diferencia entre los vestidos viejos y los nuevos que entre el vino bueno y el malo y el oro de mucha ó poca ley. De otra parte la accion para indemnizarse no puede estar fundada sino sobre el dolo del vendedor ó sobre su promesa de entregar vestidos nuevos; además, como el jurisconsulto independiente del dolo admite una obligacion («si quidem ignorabat venditor»), es necesario que hubiera habido promesa. Esto se halla confirmado de otra parte por una decision del todo análoga relativa á un vaso de cobre, y en donde se dice: aurum *quod vendidit*. Es necesario, pues, que el vendedor lo haya dado como oro (véase § 138). *Vestimenta interpola* son vestidos ya usados, pero compuestos y renovados, y teniendo necesariamente una buena apariencia que permitiera creerlas nuevas. Richelmann, p. 160 asimila la cualidad de los vestidos viejos al *vitium* y el *morbus*, y pretende que dá lugar á las acciones del Edil. Él ha sido inducido á error por las palabras de la L. 37, ædil. id,; «idcirco *interpolant* veteratores et pro noviciis vendunt;» lo cual quiere decir: los vendedores engañan colocando entre los *novicii* el *veterator* de suerte que se le tome por un *novicius*. El Edil prohibe expresamente la venta del *veterator*, sin indicacion de esta cualidad, extendiéndose con gran reserva las del Edic

que exige un exámen particular, para los muebles de madera cuando hay error acerca de la especie de madera. Sin duda nadie negará que esto no influye en el valor del mueble; pero no cambia la naturaleza de la mercancía, sobre todo, cuando por medio del pulimento se ha imitado bastante bien la madera preciosa para que presentase una mejor apariencia. El caso que precede es muy diferente del de los metales preciosos, porque las diferentes especies de madera son trabajadas por los mismos obreros, y una vez destruida la forma del mueble, los pedazos no tienen de ordinario ningun valor, cualquiera que sea la clase de su madera. Dicha doctrina conforme á los principios generales está en oposicion con la de los autores, engañados por la falsa semejanza de los metales preciosos y por la idea abstracta de la diferencia de la materia. Todo depende en esta cuestion de la interpretacion del texto siguiente:

L. 21, § 2, de act. emti (XIX, I): «Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse, tamen venditor teneri debut, quanti interest (auctoris se) non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciat: veluti si mensas quasi citreas emat, quæ non sunt.»

Comienzo por el ejemplo citado al fin del texto. Una persona habia comprado una tabla, creyendo era de madera de limonero y no lo era (*t*).

El *quasi citreas* es susceptible de dos significaciones; puede aplicarse lo mismo á la simple creencia del comprador y á la seguridad dada por el vendedor: veremos ahora cómo el último sentido es el del texto. La principal cuestion es la de saber si debe leerse *emtionem esse* como en los florentinos, ó *emtionem non esse* como sin excepcion, quizá, se lee en en los restantes manuscritos. En general se ha adoptado la lectura del *non*, y desde luego se partió del principio de que todo error sobre la materia, y por consecuencia tambien para

to á los casos no expresados, y siempre segun analogía del *vitium* y del *morbus*, como en la L. 49.

(*t*) Los romanos importaban del Africa piezas de limonero capaces para hacer muebles. Plinio, Hist. nat. XIII, 15, nos da pormenores acerca de este lujo increible; hablo de una tabla que fué pagada en 1.400.000 sextercios ó sean 262.000 pesetas próximamente.

los muebles de madera, era un error esencial; además, por un olvido singular se creia que las palabras *supra diximus* eran de Triboniano y designaban las leyes 9, 11, 14, de cont. emt. (XVIII II), y así se encontraban obligados á tomar *qualitas* como sinónimo de *substantia* ó *materia*. Pero esta última suposicion es evidentemente contraria á la lengua, porque en todos los textos auténticos *qualitas* significa siempre la condicion mejor ó peor de la cosa, lo cual no ha constituido nunca un error esencial (*u*).

La relacion lógica de *quamvis* y de *tamen* no es un argumento decisivo para ninguna de ambas interpretaciones. A mi juicio esto puede significar: «aun cuando el contrato sea válido no se sigue de ello que el comprador deba satisfacerse con la tabla, negándosele toda indemnizacion en dinero (*v*). «Segun la opinion que combato, esto se explica no ménos lógicamente: «aun cuando el contrato sea nulo en sí, el vendedor no está ménos obligado por otros motivos independientemente del contrato (*w*).» Aquí como en otros textos *deceptum* no quiere decir engañado, sino inducido á un error por sí mismo ó por las seguridades de la otra parte, pero sin fraude.

(*u*) L. 14. de contr, emt. (XVIII, I): «Quid tamen dicemus, si in *meteria et qualitaee* ambo errarent. Tomando esta segunda expresion como una repeticion inútil de la primera, se les ha considerado como sinónimas; pero en realidad hay dos casos distintos: en el uno hay error en la substancia (materia), en el otro sobre la cualidad (qualitas), juzgándose cada nno de ellos segun una regla diferente.

(*v*) Cujas encuentra ridícula esta decision del jurisconsulto romano: «aun cuando el contrato sea válido, el comprador no tiene ménos su accion.» (Comm. ad L. 22, de V, O. opp. t. I). La frase no tiene nada de ridícula si se la refiere no á la existencia de la accion en general, sino á su objeto y á su extension.

(*w*) Cuando el vendedor ha prometido entregar una cosa de una cnalidad determinada y esta condicion falta, está siempre obligado en virtud de su promesa, y en este caso el comprador tiene la accion dada por el Edil (L. 18, pr.; L. 52, de ædit,, act. XXI, I) y tambien la actio emti, XIX, I; L. 19, § 2, de æd. act. XXI. I). Se lee en la L. 13 cit., ¿*Videamus an ex emto teneatur? et putem teneri*, naturalmente hay dañosos intereses, que era lo que entrañaba siempre esta accion. De

Hé aquí ahora el sentido de la frase principal. El contrato es válido; sin embargo, el vendedor no queda libre por el cumplimiento que resulta, en apariencia, de la tradicion; debe al comprador una indemnizacion, *áun cuando no lo hubiera engañado* y *él mismo estuviese en error*. Segun esta última decision, que de ningun modo es dudosa, supone el jurisconsulto que el vendedor habia expresado en el contrato que la tabla era de limonero; pues no deberia estar obligado á una indemnizacion sino á consecuencia de sus promesas ó del dolo: no existe una tercera causa posible. Así, pues, el texto estableció que para los muebles de madera el error sobre la materia no es esencial ni el contrato es ménos válido porque engendra la *actio emti*. En cuanto á la indemnizacion debida por el vendedor, si ha engañado al comprador ó garantizado en el contrato la calidad de la cosa, resulta de los principios generales del derecho. Es curioso ver como muchos intérpretes se esfuerzan por conciliar su sistema con estas palabras: *etsi venditor quoque nesciat*. Noodt, cuyas interpretaciones son en general bastante aventuradas, deja á eleccion del lector borrar estas palabras ó rereferirlas á esta frase (quamvis... emtionen—non—esse); construccion de todo punto contraria al génio de la lengua latina (*x*). Bynkershoek ha entendido sanamente el texto, pero sin tocar la dificultad principal, la analogía aparente de los metales preciosos (*y*); su interpretacion tampoco ha tenido éxito (*z*).

---

igual modo dice: *teneri debet quanti interest*. En cuanto al aprecio é imputacion de estos daños ninguno de ambos textos dice cosa alguna, por el motivo sencillo de que un texto no puede agotar todas las cuestiones posibles solo á una especie: tampoco se comprende como Richelmann, p. 65 puede pretender que, segun la manera con la cual se ha hablado de los daños, las palabaas *etsi... nesciat* no pueden referirse á *teneri quanti interest*. Es, pues, necesario suponer que ha habido una promesa expresa, segun el mismo motivo que en la L. 45, de contr. emt. V. nota *s*.

(*x*) Noodt, Comm. ad Pand., XVIII, 5, Riehelmann, p. 66 admite la construccion que acabo de indicar sin apercibirse de que es imposible.

(*y*) Bynkershoek, Observ., lib. VIII, c. 20.

(*z*) En todo este párrafo he procurado establecer que la materia en sí no es el punto decisivo para determinar el error esencial. Seríalo

§ CXXXVIII.—III. *Manifestaciones de la voluntad. Manifestacion sin voluntad. Sin intencion. Error in substantia.*

(Continuacion.)

En el párrafo precedente he determinado los casos en que el error acerca de las cualidades de la cosa debe ser considerado como esencial: se trata ahora de exponer en detalle las reglas del derecho positivo de que he hablado algunas veces de una manera implícita.

Desde que en parecidas circunstancias resultaba justo acudir en socorro del que se engaña, podia conseguirse el fin por dos caminos diferentes. Se podria declarar válido el contrato en sí y dar excepcionalmente el medio de volver contra una decision erronea, como se hace respecto á las acciones edilicias y para la *condictio indebiti.*

Cabia tambien considerar esta especie de error como absolutamente exclusivo de la voluntad, lo cual implicaria la nulidad del contrato. El derecho romano ha escogido este último medio, lo cual resulta evidentemente de la asimilacion al *error in corpore* y de la decision formal de muchos textos (*a*).

---

cuando aun la identidad de la materia fuera cierta é independiente de los puntos de vista individuales, como se supone ordinariamente, pero dicha suposicion está lejos de ser fundada. Si se trata de un vaso de metal, por ejemplo, cada uno puede, segun su intencion, haber tenido presente el metal en general ó uno determinado, el oro, la plata, etcétera; si se trata de un mueble de madera, madera opuesta al metal ó al carton ó ya una madera de una especie particular. Una vez determinada ésta no se habria dicho todo aún, porque cada especie admite una multitud de subdivisiones. Para quedar en la especie de la L. 21 citada, suponiendo que la de la madera constituye un error esencial, es necesario entender las *especies* del limonero ó el *genus* de los agrumi que, como se sabe, comprende un gran número de *especies?*

(*a*) L. 9, § 2, de contr. emt. (XVIII, 1): «... in ceteris autem *nullam esse venditionem* puto, quotiens in materia erratur.» Este texto parece idéntico al principio antes combatido: quotiens in substantia (materia) erratur, nullus est contractus (§ 137); pero difiere esencialmente, porque se vé que se refiere á los dos casos expresados, el oro y la plata,

Aquí, lo mismo que en el caso del *error in corpore*, hay error, hablando impropiamente, desde el momento en que no se dá lugar á examinar si el que se equivoca es ó no culpable de negligencia (§ 135). El error en sí es el único motivo que conduce á negar la existencia de la voluntad, pero pueden concurrir otras circunstancias que entrañan consecuencias jurídicas especiales. Así, por ejemplo, la cualidad falsamente atribuida á la cosa puede haber sido objeto de una garantia expresa, resultando el dolo de la otra parte. Todas estas circunstancias accesorias caen fuera de nuestra investigacion, la cual tiene por objeto únicamente el error acerca de las cualidades de la cosa como exclusivo de la voluntad. Vemos segun lo que precede que la apreciacion jurídica de los casos de esta especie es susceptible de numerosas complicaciones. Finalmente, en este punto como respecto al error sobre la persona (§ 136), las consecuencias del mismo pueden no ser apreciables, porque de ordinario la diferencia entre la cualidad real y la supuesta es indiferente y aun á veces provechosa al que se equivoca.

Sin embargo, es necesario reconocer que dicha regla, por justa y natural que nos parezca, tiene una naturaleza más artificial que la relativa al *error in corpore*, en donde la existencia de la voluntad es de todo punto inadmisible. Tampoco se la aplica en general sino para proteger un interés jurídico cierto ó que se presume que afecta á la persona inducida á error.

Tampoco es probable que esta regla no haya existido siempre ni fuera inmediatamente aplicada á todos los casos. Los pormenores que paso á enumerar tienen por objeto exponer este punto histórico é indicar las restricciones prácticas de la regla.

Los diversos textos en que un error análogo se considera como esencial y, por tanto, entrañando la nulidad del con-

---

y esto no es una regla general para el caso abstracto del *error in substantia*. Así es como se niega en la L. 2, pr. eod. la existencia del *consensus*. Ya he demostrado § 137 y sobre todo en la nota *l*, cuál es en esta materia el principio fundamental. Véase además el Apéndice VIII, número XXXIV, nota *n*.

trato, se refieren á los casos en los cuales el comprador se engaña en su perjuicio respecto á la especie de la mercancía que compra: si, por ejemplo, toma un vaso de bronce ó de plomo por uno de oro ó de plata, vinagre por vino, una esclava por un esclavo. En este caso la venta es siempre nula; el comprador nada debe, no puede repetir lo que ha pagado (*b*), lo cual sucede constantemente, sea que el vendedor haya conocido ó participado del error (*c*). Aquí se provee inmediatamente al interés del comprador de no pagar cara una mercancía de poco valor, llenando la regla muy bien tal objeto. Cuando, por ejemplo, el contrato expresa que el vaso es de oro, y fija un precio razonable en esta creencia, si el comprador queria mantener la venta reclamando la diferencia de precio (§ 137, *w*), no podia por faltar un contrato verdadero, aun cuando el vendedor hubiera incurrido *in dolo*. Pero independientemente de la nulidad del contrato el dolo tiene consecuencias propias, debiendo el vendedor de mala fé indemnizar al comprador si éste estableció que el contrato, nulo por lo demás, le ha causado perjuicios (*d*).

(*b*) L. 9, § 2; L. II, pr. § 1; L. 14; L. 41, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1).

(*c*) Entre los textos citados, los primeros hablan del error del comprador sin hacer cuenta del vendedor, pero la L. 14 citada, dice: «Quid tamen dicemus, si in materia et qualita *ambo errarent?*» suponiéndose en dichos textos que el vendedor obra conscientemente. De aquí se deduce la buena ó mala fé, si piensa que el vendedor tiene el mismo conocimiento ó no. Pero los textos implicaban la mala fé del vendedor, porque la subida del precio hace probable el error del comprador, y además se vé en la L. 9, § 2 cit.: «si acetum *pro vino veniat*, æs *pro auro.*» *Veniat* es sinónimo de *venditum sit*, por lo cual, dichas palabras deben significar un vendedor que ofrece á bajo precio vinagre por vino, constituyendo necesariamente una venta parecida un fraude.

(*d*) La consecuencia del fraude es que el vendedor debe restablecer al comprador en la posesion en que se hallaba antes del contrato. Si, pues, el comprador ha tenido que sufragar gastos, si hizo trabajar el vaso que creia de oro, si ha despreciado por su causa una venta provechosa, tiene derecho á una indemnizacion, pero no puede pedir por el beneficio que habria obtenido siendo el vaso de oro y válido el contrato. Pretenden sin razon muchos autores que el vendedor que se engaña responde de su falta: esta no es una *causa obligationis*, como en general

Sin embargo, no siempre se reconoce la nulidad de la venta: la aplicacion de tal principio se refiere á la época de la jurisprudencia clásica. Juliano habia sostenido esta doctrina (*e*); Marcelo la combatió (*f*), y, sin duda, Ulpiano y Paulo (*g*) fueron los que definitivamente la establecieron. Poseemos un testimonio de los tiempos antiguos en favor de la opinion de que la venta de un vaso de laton es tan válida como la de los vestidos ya usados que se creian nuevos. He explicado antes (§ 137, *s*) una parte del texto que entre los autores modernos ha dado lugar á numerosas equivocaciones, y es la L. 45, de contr. emt. (XVIII, 1). Marciano cita desde luego á Labeon, quien confirma la opinion de Trebacio de que al vendedor de los vestidos ya usados se le obliga á una indemnizacion solo en los casos en que el comprador los hubiera creido nuevos. Despues viene el desenvolvimiento de dicha opinion confirmada por Pomponio y Juliano, y, finalmennte, la continuacion de la cita de Labeon (*h*) quien, con motivo de los vasos de metal, se expresa en éstos términos: «quemadmodum si vas aurichalcum (*i*) pro auro vendidit ignorans, tenetur ut

---

lo es el fraude. En el caso de un contrato verdadero (y aquí falta dicha condicion) hay *causa obligationis*, pudiendo ser modificada la obligacion que resulta por la falta como por el fraude.

(*e*) L. 41, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1).

(*f*) L. 9, § 2, de contr. emt. (XVIII. 1): «... Marsellus scripsit... emtionem esse et venditionem, *quia in corpus consensum est* etsi in materia erratum.» La continuacion del texto, que solo parece restringir esta asercion, la refuta en reatidad.

(*g*) L. 9, 11, 14, de contr. emt. (XVIII, 1).

(*h*) Las palabras *quam sententiam et Pomponius* hasta *quod ex eo contingit*, forman un paréntesis referente á lo que precede. Esto se demuestra por el cambio de construccion, porque la proposicion intermedia concluye en *qui ait... teneri*, y la siguiente asi concebida: *quemadmodum..... tenetur*, no puede ser regida por *qui ait*. Aun es más cierto que la proposicion final no era de Juliano, porque segun la L. 41, § 1, eod. tenia la opinion contraria sobre el vaso de metal.

(*i*) *Aurichalcum* ú *orichalcum* es laton, es decir, mezcla de cobre y zinc, tal como nos lo enseñan los antiguos y no lo que creen muchos, siguiendo una etimología engañosa, mezcla de oro y cobre, lo cual, para la cuestion que nos ocupa, daria un resultado opuesto. Esta pala-

aurum quod vendidit præstet (*k*).» Es evidente que aquí la venta de los vasos de metal se asimila á la de los vestidos, reconociéndose en ambos casos la validez del contrato. Además, como los otros textos citados dicen precisamente lo contrario, con relacion á los vasos de metal, la contradiccion ha sorprendido justamente á los autores modernos. Se ha procurado conciliar ambos textos; pero cuantas explicaciones se han dado son violentas, poco satisfactorias, y de ordinario están en oposicion directa con la letra de dichos textos (*l*). La más sencilla, sin duda, consiste en considerar las cita de Labeon y de Marcelo como la expresion de la antigua, y más tarde, abandonada doctrina. Ignoramos si Marcelo participaba de esta opinion, ó si la refutaba á la continuacion del fragmento extraido por los compiladores; lo que sí puede decirse de éstos es que son dignos de censura por haber recogido el antiguo testimonio de tal modo que se hace preciso relacionarlo con otros textos, para comprender como abandonaba la doctrina. Pero como este caso sigue inmediatamente al de los vestidos usados, y la diferencia esencial de ambos ha pasado desapercibida, inadvertencia de la cual tenemos un ejemplo (V. § 124, *i*).

Procuraré hacer por analogía algunas aplicaciones de estos principios á ciertos casos no mencionados en las fuentes.

---

bra que es ordinariamente sustantiva se toma aquí como adjetivo. Mas esta singularidad poco importante ha dado aquí motivo á la diccion de la Vulgata, *si vas aurichalci*, y á la de Haloander, si *quis* arichalcum. La última, que no descansa sobre ningun manuscrito, debe rechazarse desde luego.

(*k*) Las palabras *aurichalcum vendidisset* relacionadas con las de *aurum quod vendidit* ofrecen una contradiccion aparente; pero ambas frases son igualmente justas. En efecto, ha vendido laton realmente; mas segun su promesa, segun los términos del contrato, ha vendido oro. Así, pues, *aut aurum quod vendidit præstet* significa: debe una indemnizacion en razon del oro que ha prometido por el contrato, que es precisamente el objeto de la actio emti. Véase § 137, *w*.

(*l*) Así el acuerdo de estos textos es violento en Averanius. Interpr. 1, 19, § 9, que, por lo demás, ha profundizado la cuestion, y en Richelmann, p, 69. La mayoría de los autores se fijaban en detalles, no abordando la dificultad principal.

Si el comprador sabe que el vaso tenido como de oro por el vendedor es de plata dorada, la venta es válida y debe satisfacerse el precio, porque el comprador no ha sufrido engaño y el del vendedor no presenta ningun interés jurídico que por protegerlo hiciera se decretase la nulidad (*m*). Si, por el contrario, el vendedor toma un vaso de oro por uno de plata dorada y lo vende en esta creencia, segun las mismas reglas establecidas en los textos en favor del comprador, habia lugar á lo añulacion de la venta (*n*), importando poco que el comprador haya ó no participado del error.

Las reglas expuestas anteriormente sobre la compraventa, se aplican naturalmente al cambio que tiene con la venta una analogía evidente en sí y reconocida de un modo formal por las fuentes (*o*).

En cuanto al contrato de arrendamiento se presentaria difícilmente la aplicacion de dichas reglas (*p*), las cuales serian además supérfluas, porque el contrato tiene por objeto el uso, que supone ya una cierta forma y modo de utilizarse de la cosa. En circunstancias análogas tambien encuentra el arrendador una proteccion más segura todavía que el comprador (*q*).

(*m*) El que quiere vender en cien pesetas un vaso que cree como de oro, no retiraria su oferta áun cuando descubriese que solo lo era en apariencia. Este caso es parecido al de la L. 52, loc. (XIX, 2) en donde el locatario que ha querido dar diez, se reputa por esto mismo que quiso dar cinco tambien. En ambos se trata únicamente de una cuestion insignificante. Además, se confirma esto por la evidente analogía con las L. 57, § 2; L. 58, contr. emt. (XVIII, 1).

(*n*) Se podria objetar que debiendo conocer el vendedor las cualidadesde la cosa es imputable el error (L. 15, C. de resc. vend. IV, 44)- Pero para esta especie de error no es difícil la imputacion de las faltas.

(*o*) L. 2, de rer. perm. (X, X, 4).

(*p*) Se podria arrendar una esclava en lugar de un esclavo, un servicio de metal blanco en vez de uno de plata.

(*q*) Si se vende una casa y se quema despues del contrato, la pérdida la sufre el comprador, quien debe la totalidad del precio. Si se trata de un arrendamiento deja de ser obligado el pago de la renta, á contar desde el dia del incendio. L. 19, § 6, locati (XIX, 2).

En cuanto á las donaciones (*r*) se regulan por los principios siguientes. Si el donatario recibe un vaso de plata dorada creyendo que es de oro, la donacion no es ménos válida, porque no hay ningun interés jurídico para destruir el contrato; y si valiera el vaso poco, siempre es algo más que nada. Si, por el contrario, el donante da un vaso de oro creyéndolo solo dorado, el acto es nulo, sea que el donatario haya participado ó no del error. Aquí se puede invocar con mayor razon todavía la regla establecida para la venta.

Es necesario desde luego extender esta decision al caso en que el testador estuviese tambien en un error esencial acerca de la naturaleza de la cosa legada.

En materia de extipulaciones se dice expresamente que la extipulacion es válida, áun cuando el acreedor tomase un vaso de bronce por uno de oro (*s*). Esto podria ya resultar de la naturaleza del contrato unilateral como lo hemos visto con motivo de la donacion (*t*), porque el bronce, poco ó mucho, algo vale. Pero el motivo dado por el jurisconsulto (quoniam in corpore consenserimus) tiene mayor alcance y significacion. En efecto, este mismo jurisconsulto no admite para la venta que el consentimiento *in corpore* baste para destruir el

---

(*r*) Lo mismo sucede con una promesa de donacion ó con una tradicion considerada como donacion, porque la tradicion toma la fuerza de la *donationis causa*, del *donandi animus* y del error esencial excluye este espíritu. Por lo demás me refiero aquí á la donacion pura, y en este caso, la promesa, segun la L. 35, C. de don. (VIII, 54) tiene el carácter de un *b. f. contractus*. Examinaré despues hasta qué punto puede modificar una estipulacion accesoria este principio.

(*s*) L. 22, de V. O. (XLV, 1). «Si id quod aurum putebam, cum æs esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus æris nomine, quoniam in corpore consenserimus: sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fafelleris.» El *dolus* en el presente te xto se refiere á la estipulacion hecha en virtud de una prestacion recíproca, pasada ó futura, lo cual no impide que la estipulacion sea unilateral. Si en la estipulacion falta la *doli clausula* no hay lugar entonces á la accion en virtud de la estipulacion, y sí, desde luego, á la *doli actio*.

(*t*) En efecto, la estipulacion puede ser al mismo tiempo una donacion, y entonces ambos puntos de vista se confunden; pero esto es de todo punto accidental. Véase nota *s*.

error acerca de la materia en el caso del oro y del bronce (*u*), queriendo, sin duda, decir que la *æquitas* aplicada á la interpretacion de la venta no puede serlo á las reglas rigurosas de la estipulacion. Por lo demás, esta se reputa válida áun cuando el vaso prometido por el deudor como de bronce fuera efectivamente de oro; dicha decision no tiene interés en el derecho actual.

Finalmente, se hace mencion de la regla respecto al error relativo á la prenda. Si el acreedor recibe en prenda un vaso que el deudor da como de oro, el derecho de prenda no subsiste menos (*v*). Resulta esto de la naturaleza unilateral del contrato, porque un vaso de plata dorada ofrece todavía más seguridad que si no entregara nada. Pero se añade que el acreedor tiene una *pignoraticia contraria actio* contra el deudor, pudiendo ser declarado stelionatario si habia cometido *dolo*, lo cual no resulta necesariamente de la constitucion de la prenda.

La *pignoraticia contraria* que resulta evidentemente de la constitucion de la prenda (§ 137, *w*) tiene por objeto obtener una prenda de igual valor al del vaso de oro prometido. Pienso además que esta accion como *b. f. actio* independientemente de la declaracion formal debe ser concedida siempre que el valor de la prenda no esté en relacion con la importancia del crédito. En efecto, vemos que dicha accion se dá cuando el acreedor ha recibido por error una prenda insuficiente para la seguridad de su crédito, principalmente cuando la cosa obligada pertenece á otro, ó es objeto de una prenda anterior, ó bien cuando un esclavo aceptado como prenda, ha desmerecido por una enfermedad (*w*).

(*u*) L. 10, de contr. emt. (XVIII, 1), que implica evidentemente esta idea, lo mismo que la L. 9, eod.

(*v*) L. 1, § 2, de pign. act. (XIII, 7).—Si el que ha recibido en prenda un vaso de oro le restituye por uno de plata dorada, es un caso por completo distinto y ajeno á nuestro propósito. Aquí no hay ningun error en el contrato, y la sustitucion se considera como un robo. L. I, § 1, de pign., act. (XIII, 7); L, 20, pr. de furtis (XLVIII, 2).

(*w*) L. 9, pr.; L. 16, § 1; L. 32; L. 36, § 1, de pign. act. (XIII, 7).

§ CXXXIX.—III. *Manifestaciones de la voluntad. Manifestacion sin voluntad. Sin intencion. Límites de este caso.*

Hemos terminado la enumeracion de las diversas circunstancias en que el error que acompaña á un acto jurídico debe ser considerado como esencial, es decir, exclusivo de la voluntad. Esta influencia es demasiado importante para que no determináramos rigurosamente los límites dentro de los cuales se ejerce señalando ciertos casos, análogos en apariencia, pero diferentes en realidad.

Así no hay desde luego error esencial cuando la ejecucion de un acto jurídico era ya imposible en el momento mismo en que sucedia; si, por ejemplo, la cosa vendida estaba ya fuera del comercio ó habia perecido por completo.

Aquí existe de ordinario un error sobre las cualidades ó sobre la existencia misma de la cosa, que segun la regla entrañaria la nulidad del contrato como el error esencial, pero este caso tiene una naturaleza diferente, perteneciendo á un órden distinto de ideas. Verdaderamente las partes ignoran con frecuencia que la cosa ha perecido, y desde este momento parece que se debe asimilar dicha ignorancia al error esencial acerca de las cualidades de la cosa. Pero aquí el error no es de ningun modo necesario, la nulidad se decreta siempre sin consideracion al conocimiento que las partes contratantes tenian del estado de las cosas (*a*); de este modo era expresamente ordenada en el caso en que el comprador conocia el citado motivo de nulidad (*b*). Desde entonces no se trata de una manifestacion defectuosa de voluntad; la manifestacion en sí es perfecta, y lo que el caso ofrece de especial pertenece á una esfera diferente de la ejecucion de la voluntad ó de sus efectos. No se sabria referir esto á un punto de vista comun, porque ofrece en cada clase de relacio-

(*a*) L. 8; L. 15. pr.; L. 34, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 1, § 9, de O. et A. (XLIV, 7).

(*b*) L. 6, pr.; L. 34, § 2, de contr. emt. (XVIII, 7).

nes de derecho una naturaleza muy diversa y, por tanto, entran en la parte especial del sistema (*c*).

En segundo lugar, el error que descansa sobre la causa determinante del acto jurídico no tiene en la regla influencia acerca de su validez (*d*). Aun cuando la causa estuviera expresada y no tuviera fundamento (falsa causa), el acto no sería ménos válido (*e*). Solo para los testamentos existen muchos casos en que esta especie de error anula la disposicion, no distinguiéndose si la causa se expresaba ó no (*f*). Además, la causa determinante puede en todos los actos jurídicos revestir la forma de una condicion ó de un *modus* y, entonces, se obra conforme á la naturaleza de estas relaciones de derecho. Es permitido tambien algunas veces poner en duda si una manifestacion dada debe tener uno ú otro de estos efectos, lo cual entra en la interpretacion del acto (*g*).

El error acerca de las cualidades de la cosa objeto de una relacion de derecho, no es esencial, aun cuando esta falsa suposicion hubiera sido la causa determinante de la voluntad. Resulta así sin duda de la oposicion del pequeño número de casos especiales en que el error acerca de las cualidades de la cosa se declara esencial y, por consecuencia, exclusivo de la voluntad (§ 137-138).

El error sobre la designacion nominal de una persona ó de una cosa (*nomen*) no es un error esencial, con tal que no caiga sobre ambas de un modo directo y sí solo sobre su

---

(*c*) En materia de contratos, por ejemplo, es preciso ver si la ejecucion es imposible porque la cosa ha perecido ó está fuera del comercio. Del mismo modo, si el contrato no puede ejecutarse por ser contrario á las leyes ó á las costubres, no hay ni aun la apariencia de manifestaciones de voluntad defectuosas. Referidos al contenido de los contratos, estos casos tienen entre sí las mismas relaciones que con las condiciones cuya naturaleza es de otra parte más general (§ 121-124).

(*d*) V. § 115 y el apéndice VIII, núm. X, XI, XVII.

(*e*) Ulpiano, XXIV, § 19, § 31, J. de leg. (II, 20); L. 17, § 2, L. 72, § 6, de cond. (XXXV, 1); L. 1, § 8, de dote præl. (XXXIII, 4).

(*f*) Apéndice VIII, núm. XVII.

(*g*) § 31, J, de leg. (II. 20); L. 17, § 3, de cond. (XXXV. 1); L. 2, § 7; L. 3, de don. (XXXIX, 5).

nombre (*h*). Del mismo modo la designacion inexacta de una relacion de derecho, por ejemplo, la venta ó la donacion, es indiferente si las partes por ignorancia del derecho daban una falsa denominacion al acto que realmente quisieron llevar á cabo (§ 134, *l*). Finalmente, importa poco que en un testamento el testador ó el que escribe bajo su dictado se equivoque acerca de las cifras, si el número que tenia presente el testador no resultaba dudoso (*i*). Por el contrario, la falsa designacion no es indiferente si se trata de una especie de cosas; la intencion no expresada no se ejecuta (*j*).

Si se equivoca en la designacion de los indivíduos (*demonstratio*), es decir, si se le atribuyen cualidades que no tienen, esto no constituye un error esencial con tal de que el que presidió á la designacion no esté en el pensamiento del autor (*l*). De este modo acontece cuando la descripcion erró-

---

(*h*) Para la institucion de heredero y los legados con relacion á las personas, § 29, J. de leg. (II, 20); L. 16, § 1, de leg. (XXX, un); L. 4, C. de test. (VI, 23); con relacion á las cosas legadas L. 4, pr. de leg. I (XXX, un); L. 28, de reb. dub. (XXXIV, 5); L. 7, § 1, de leg. (VI, 37). Del mismo modo para los contratos, L. 32, de V. O. (XLV, 1); L. 9, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1). Para la eleccion de un juez, L. 80, de jud. (V, 1).—Para la tradicion, L. 34, pr. de adqu. poss. (XLI. 2).

(*i*) L. 9, § 2, 3, 4. de her. inst. (XXVII, 5).

(*j*) L. 4, pr. de leg. I (XXX, un.). «... rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominem mutabilia.» L. 7, § 2, de supell. (XXXIII, 10). «ex communi usu nomina exaudiri debere... non videri quemquam dixisse, cujus non suo nomine usus sit...» Entendiendo bien que la cláusula del testamento no se ejecuta nada más que en cuanto al género expresado realmente por el testador, y sí de un modo contrario á su voluntad. Aun con esta restriccion natural la regla se refiere á los principios rigurosos sobre los legados, siendo difíciles de justificar en derecho moderno. En materia de contratos al ménos no hay ningun inconveniente en admitir el género que ambas partes han tenido presente, aun cuando lo hubieran designado de un modo impropio.

(*l*) Así, respecto á la persona del heredero ó del legatario, L. 17, § 1; L. 33, pr.; L. 34, pr.; L. 40, § 4, de cond. (XXXV, 1); L. 48, § 3, de her. inst. (XXVIII, 5); L. 5, C. eod. (VI, 24); para la cosa legada; Ulpiano, XXIV, § 19, § 30, J. de leg. (II, 20); L. 17, pr., § 1; L. 72, § 8, de cond. (XXXV, 1); L. 35, § 1, 2; L. 102, § 1, de leg. 3, (XXXII, un.); L. 28, de reb. dub. (XXXIV, 5).

nea es de tal naturaleza que lleva consigo la nulidad de la manifestacion (*m*). Es necesario distinguir la indicacion del atributo esencial que distingue una especie con respecto á otras de la simple descripcion, advertencia de tanto mayor interés cuanto que vale lo mismo que la de la especie misma. Si, pues, es equivocada dicha indicacion y el atributo no pertenece por completo al género, de suerte que hay contradiccion entre las designaciones principal y accesoria, el acto jurídico queda anulado (*n*).

§ CXL.—IV. *Contrato.*

He procedido hasta aquí, en el estudio de los hechos jurídicos, de lo general á lo particular, del hecho al acto libre y del acto libre á la manifestacion de la voluntad (§ 103, *s*, *q*): voy á dar todavía un paso más por el mismo camino procurando determinar la esencia del contrato, que entre todas las clases de manifestaciones de la voluntad es la más importante y variada. Aun fuera del terreno de la ciencia, el contrato constituye una nocion familiar á todos; pero es tan conocida y tan indispensable para el jurisconsulto, vistas sus numerosas aplicaciones, que deberíamos esperar se encontrase aquí una definicion exacta y generalmente aceptada del mismo; no sucede así, sin embargo.

Voy á procurar poner en claro los caractéres esenciales del contrato por el análisis de un caso en el cual existe evidentemente el contrato de venta. Lo primero que hallamos es muchas personas, las unas en presencia de las otras; pero algunas veces tambien en el contrato de sociedad, por ejemplo, su número es de todo punto indeterminado, por lo cual debemos mantener la idea general de la pluralidad. Es nece-

---

(*m*) Apéndice VIII, Núm. XVII.

(*n*) L. 7, § 1, de trit. (XXXIII, 6): «*Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendant, heres dato.* Ofilius, nihil legatum esse, quod est Labeo probat: quoniam ejus modi triticum in natura non esset: quod verum puto.» La fanega (próximamente) de trigo pesaba por término medio veinticinco libras romanas (Plinio, H. N. XVIII, 7); así, pues, habria sido imposible una medida de esta clase que pesara cien libras.

sario, además, que dichas personas quieran una cosa igual, idéntica, porque si hay indicision ó desacuerdo no se puede admitir la existencia del contrato. Su consentimiento debe manifestarse, es decir, que deben exponer recíprocamente su voluntad, porque una decision que se tomara necesitaria no ser secreta, sopena de que no se pudiera considerar como uno de los elementos de un contrato. Tambien se hace preciso tener en cuenta el objeto de la voluntad. Si dos personas se ponen de acuerdo mútuamente por sus opiniones y respecto á sus actos para el ejercicio de una virtud, de la ciencia ó del arte, la denominacion de contrato, aplicada á un acuerdo semejante, seria de todo punto impropia. Difiere esta convencion de la venta, que es un verdadero contrato, en que en esta la voluntad tiene por objeto una relacion de derecho y aquí un fin de naturaleza muy diferente. Pero no basta que el objeto del contrato sea una relacion jurídica. Cuando los miembros de un tribunal despues de largos debates convienen en el fondo de su decision, se hallan reunidas todas las condiciones enumeradas; el objeto de su acuerdo es una relacion de derecho, y, sin embargo, no hay contrato, lo cual procede de que la relacion de derecho no les es personal como en el caso de la venta.

Las condiciones que preceden pueden reasumirse en la definicion siguiente: «Contrato es el acuerdo de muchas personas sobre una manifestacion comun de voluntad destinada á regir sus relaciones jurídicas.» Es una aplicacion particular de la idea general emitida acerca de las manifestaciones de la voluntad; distinguiéndose el contrato como la especie del género en que exige la reunion de muchas voluntades en una sola, en tanto que la manifestacion puede emanar de una sola persona.

Entre los elementos del contrato hay uno que merece una atencion especial en razon de las equivocaciones á que ha dado orígen, y es la relacion de derecho. Así se pregunta si toda suerte de relaciones jurídicas, ó solo una determinada, puede ser objeto del contrato. En efecto, pueden existir contratos en derecho internacional público, privado, y en la esfera del derecho de propiedad respecto á sus diferentes instituciones.

Las alianzas y tratados de paz, la sumision de un Estado independiente á otro ó en sentido inverso, la ereccion de una

provincia en Estado independiente son contratos de derecho internacional *(a)*. Los jurisconsultos romanos los llamaban *publica conventio* (*b*), cuidando no aplicarles las reglas ni las formas del derecho privado (*c*).

Los contratos de derecho público no son raros, sobre todo, en Alemania; así entre un príncipe y los Estados, entre los miembros diferentes de una familia reinante: dicha forma se halla de ordinario en el acta de capitulacion que acompañaba la eleccion del emperador (*d*). De otra parte, se han hecho diversas aplicaciones erróneas al derecho público del contrato. De este modo es como se refiere el orígen de los Estados á un contrato de asociacion y sumision, en tanto que su formacion es de todo punto independiente de las voluntades individuales (§ 9), como la union del individuo al Estado. A semejanza de lo que acontece al hombre que desde el instante en que nace es miembro de una familia constituida legítimamente por el matrimonio, de igual manera forma parte de un pueblo y pertenece á un Estado, que á su vez es la manifesta-

---

(a) La historia romana nos ofrece numerosos ejemplos de actas de sumision en diferentes grados. Los actos por los cuales un Estado soberano se constituye son de ordinario el resultado de una revolucion ó de una guerra; así fué como la Holanda se separó de España, los Estados-Unidos del Norte de América de la Gran Bretaña, la Bélgica de la Holanda, las colonias españolas y portuguesas de su metrópoli. Sin embargo, estos actos pueden ser pacíficos y voluntarios; así es, por ejemplo, como en la América del Norte un determinado número de habitantes forma un nuevo Estado.

(*b*) L. 5, de pactis (11,.14).

(*c*) Gayo III, § 94. Despues de haber dicho que solo los ciudadanos romanos podian contratar válidamente segun la fórmula: Spondes? Spendeo, añade: «Unde dicitur, uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, velut si imperator noster principem alicujus peregrini populi de pace ita interroguet: Pacem futuram spondes? vel ipsa eodem modo interroguetur. *Quod nimium subtiliter dictum est: quia si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed juri belli res vindicatur*.

(*d*) Se lee al fin del preámbulo: «Por nuestra libre y graciosa voluntad hemos *conferido, aceptado* y *consentido como pacto los artículos siguientes* con los príncipes electores, por ellos y por todos los príncipes y Estados del santo imperio romano.»

cion legítima de un pueblo. Ambos lazos unen al indivíduo á la humanidad toda mucho tiempo antes de que tenga conciencia, de donde resulta claramente que no han sido formados por la voluntad individual, y que, por tanto, no son contratos. Los actos libres, principalmente, la emancipacion ó la adopcion pueden modificar ó imitar los verdaderos vínculos de la familia original; del mismo modo que el indivíduo puede abandonar el Estado en donde se halla para entrar en otro, siendo dado, mediante tales cambios, segun la constitucion particular de varios Estados, revestir la forma de verdaderos contratos.

Por lo demás, los contratos del derecho privado que forman el objeto especial de esta investigacion son los más variados y numerosos. En la esfera del derecho privado el contrato se refiere á toda clase de instituciones, y siempre como una de las formas más importantes del derecho: así, en materia de obligaciones y, principalmente, respecto á su formacion, especie de contratos que generalmente se llaman *obligatorios*; lo mismo acontece relativamente á la disolucion de las obligaciones En el derecho de las cosas no encuentran ménos aplicaciones. La tradicion es un contrato verdadero, porque contiene todos los elementos del contrato; en efecto, vemos el acuerdo de dos voluntades para trasmitir la posesion y la propiedad de una cosa y para las partes contratantes un cambio en sus relaciones de derecho. Si, independientemente de esta manifestacion de la voluntad, es necesario para completar la tradicion un acto exterior, la adquisicion real de la posesion, esto no cambia en nada la esencia del contrato que forma la base de la tradicion. De igual modo las servidumbres se establecen ordinariamente por contratos, bien que en muchos casos sea necesario añadir la tradicion como para la propiedad. Igualmente, por último, el establecimiento por contrato de la enfitéusis, la *superficie*, el derecho de prenda, no habiéndose sostenido nunca la necesidad de la respecto á este tradicion.

Si se desconoce la naturaleza contractual de estos actos numerosos é importantes, es necesario distinguirlos del contrato obligatorio, que casi siempre les precede y les acompaña. Así, por ejemplo, en la venta de una casa todo el interés versa, con razon, sobre la venta obligatoria, y se olvida que la tradicion subsiguiente es un contrato de todo punto distin-

to de esta venta, áun cuando necesario para ella. Este olvido es evidente en los casos más raros de la tradicion, sin obligacion prévia; así, la limosna hecha á un pobre constituye un contrato verdadero sin ninguna obligacion. Dar y recibir son los únicos hechos sobre los cuales están de acuerdo las voluntades: en el establecimiento de una hipoteca el contrato engendra simplemente un derecho real de prenda sin ninguna obligacion. Todos estos casos podrian designarse con la frase comun de contratos reales. Finalmente, deben colocarse entre los contratos de derecho privado los que fijan las relaciones de derecho en el seno de la familia, matrimonio, adopcion, emancipacion. Discutiré en el párrafo inmediato las objeciones opuestas contra la naturaleza contractual en cuanto á la adopcion y la emancipacion no es dudosa, desde que el adoptado ó emancipado tienen por su edad facultad de obrar. Podria llamarse á esta clase de contratos contratos de fámilia, si la denominacion no se aplicara ordinariamente á otra especie de obligaciones sobre los bienes.

§ CXLI.—IV. *Contrato.* (Continuacion).

La definicion que he dado del contrato difiere de la adoptada por los autores antiguos y modernos en que ellos toman una de las especies por el género mismo. Así, segun su definicion del contrato y el lugar que le asignan, parece que no hay sino una sola especie de contrato, el obligatorio (*a*). Por tanto se restringe la idea de contrato y se excluyen muchas de sus aplicaciones, en tanto que en el derecho público frecuentemente se le da una exagerada extension (§ 140). Procede el error de que el contrato obligatorio es no solo el más frecuente de todos, sino tambien el más propio para hacer notar la naturaleza y la eficacia del contrato. Vemos esto claramente en un texto de Ulpiano en el cual el jurisconsulto pro

---

(*a*) Donellus, lib. XII, C. 6; Hofacker, t. III, § 1752; Thibaut, § 444 Heisse t. III, § 69; Mühlenbruch, § 331; Mackeldey, § 353.—Puchta Lehrbuch der Pandekten, 1838, § 237, reconocia expresamente la significacion más general de la palabra contrato.

cura dar una definicion del contrato (*b*). Desde luego escoge el término *pactio* atribuyéndole el sentido general que yo doy á la palabra contrato: «Pactio est duorum pluriumve in unum placitum consensus.» Despues emplea la palabra *conventio*, pero evidentemente como sinónima de *pactio*, y no como sí tuviera una significacion diferente más ó ménos restringida. Comienza por conservar la definicion general dada de la *pactio*, pero luego la idea de género se pierde insensiblemente en la clase particular del contrato obligatorio.

Se podria conceder fácilmente á esta controversia más importancia de la que en realidad yo le concedo. Del mismo modo cabria pensar que cuando yo aplico las reglas generales de los contratos al matrimonio, la tradicion, etc., mientras que otros autores rechazan la aplicacion dicha; mi opinion, con sus diferencias, tiene el inconveniente de presentar grandes dificultades en la práctica. Pero no sucede así, porque las reglas que rigen los contratos se referian á la idea más general que le sirve de base, la de los actos libres ó manifestaciones de la voluntad (§ 104, 106, 114). Desde este instante todo cuanto he dicho sobre la edad, la violencia, el error, las condiciones, etc., se aplica indudablemente á las manifestaciones de la voluntad, quedando fuera de la direccion que nos ocupa. Bajo este punto de vista los contratos pueden casi ser asimilados á los pactos jurídicos entre vivos, de cuyo sentido he hablado en repetidas ocasiones (§ 116, *a*). Todo lo que bajo otro aspecto tiene importancia para los contratos, principalmente sus divisiones, sobre todo, la distincion de los *contractus* y de los *pacta*, no concierne en realidad sino á los contratos obligatorios. Debo, pues, limitarme á establecer la definicion verdadera del contrato, sin insistir más sobre estas consideraciones generales.

Pero si yendo más allá de mi opinion se considerara como vana toda la discusion precedente y supérflua, no aceptaria este juicio. A la definicion inexacta del contrato se refieren muchos errores cuya refutacion completa no deja de tener importancia. El que no reconozca otro contrato más que el obligatorio y por ello rehusaba el carácter de tal á la tradicion, no tendrá sino un conocimiento incompleto. Sin duda que en

(*b*) L. I, § 2, 3, 4, de pactis (II, 14).

la aplicacion no negará absolutamente la necesidad de la facultad de obrar, la influencia del error y del fraude, la posibilidad de las condiciones, etc.; tal negacion seria insensata; pero nó habrá obtenido lá causa verdadera de estas aplicaciones, ni su relacion con el conjunto del derecho y sus nociones sobre el carácter esencial de una relacion jurídica se hallarán necesariamente oscurecidas. En cuanto al matrimonio, ó no lo admitirá como contrato, y entonces se presentarán los mismos inconvenientes que para la tradicion, ó se verá obligado á incluirle entre los contratos obligatorios; y en efecto, se ha querido colocar al matrimonio al lado de la venta y de la sociedad, como un nuevo contrato consensual que por una singular inadvertencia de los romanos habrian olvidado (*c*). Pero con ello desfiguramos y envilecemos el carácter del matrimonio. Así, pues, la controversia que vengo sosteniendo contra la opinion general, no tiene de ningun modo por fin rectificar la fraseología, porque no pretendo que los romanos hubiesen aplicado á otros contratos fuera de los obligatorios las expresiones *pactio, pactum* y *conventio,* y la mayor ó menor amplitud que es necesario dar á las expresiones técnicas modernas, no tiene una gran importancia. Pero conviene reconocer claramente y seguir en las aplicaciones de pormenor la analogía que el matrimonio, la tradicion, etc., tienen con los contratos obligatorios. Una vez reconocida dicha analogía, la palabra técnica contrato la designa tambien, pues no habria razon para rechazar una frase que expresa exactamente un principio importante para la ciencia. Tal al ménos es la conviccion que he procurado inculcar al lector entregándome á esta investigacion sobre la definicion del contrato.

Las nociones inexactas del contrato adoptadas por los jurisconsultos, no han dejado de tener su influencia sobre las doctrinas del derecho natural. Kant (*d*) da una definicion del contrato más limitada todavía que la de los jurisconsultos.

(*c*) Lansgdorf de pactis et contractibus Romanorum, Mannhemii, 1777, 14, § 73. Este autor considera el matrimonio no como un contrato consensual especial, sino como una especie de sociedad.

(*d*) Kant Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg, 1797.—Véase lo dicho en el § 54.

Segun él, el contrato es el acuerdo de dos voluntades al efecto de trasferir la propiedad (p. 98), ó mejor el modo de preparar la trasferencia que no se cumple sino por la tradicion (p. 103). Kant toma la propiedad en el mismo sentido que los romanos, el imperio, el poder sobre una cosa determinada (p. 95, 86). Esta definicion no abraza por consiguiente todos los contrat s obligatorios, por ejemplo, los que tienen por objeto servicios ó un trabajo, y sí solamente aquellos en que hay promesa de tradicion, la venta y el cambio. Sin embargo, considera el matrimonio como un contrato, porque admite una propiedad de parte de cada esposo sobre la persona del otro (una especie derecho real-personal), propiedad que se adquiere únicamente por la reunion del contrato y de la tradicion (*copula carnalis*) (p. 110, 111). El matrimonio es á sus ojos un contrato obligatorio propiamente dicho, que define (p. 107) como «la union del hombre y la mujer para la posesion pasajera y recíproca de sus propiedades sexuales.»

Hegel (*e*) adopta literalmente la definicion de Kant, asimilando el contrato á la enagenacion (§ 71-75); pero esta definicion estrecha no es sino aparente, porque considera la actividad individual del hombre como una cosa, es decir, como dando materia para la propiedad y la enagenacion (§ 97-80). Así en realidad llama contrato todo lo que he designado antes como contrato obligatorio. Pero no adelanta más: protesta aun en términos formales y bastante duros contra los que hacen del matrimonio un contrato, lo propio que contra los que piensan en el mismo medio jurídico como orígen del Estado (§ 75). Respecto á este he refutado en el párrafo anterior la doctrina del contrato, porque en general la formacion del Estado no resulta de las voluntades individuales: este punto cae, pues, fuera de la presente controversia acerca de la naturaleza del contrato. La censura formulada por Hegel contra los que asimilan el matrimonio á un contrato, asimilacion que conceptúa vergonzosa (§ 116) cae solo sobre la doctrina de Kant que antes he consignado, y en donde el matrimonio se considera como un contrato obligatorio sinalagmático, teniendo por objeto la cópula carnal.

(*e*) Heget Grundlinien der Philosophie des Rechets, Berlin, 1833.

Pero ¿quién nos obliga á interpretar así el contrato de matrimonio? Cuando el sacerdote pregunta á los esposos si quieren prometerse amor y fidelidad perpétua y los esposos lo prometen, esta manifestacion no implica la promesa de ciertos actos determinados ni la sumision á una amenaza jurídica en el caso en que tales actos no se cumplieran; significa, por el contrario, que los esposos conocian los preceptos del cristianismo acerca del matrimonio y que tienen la intencion de conformar á ellos su vida. El reconocimiento del matrimonio como relacion de derecho, dependiendo de esta manifestacion de voluntad, no está mal que le llamemos contrato, sin que pueda decirse que semejante modo de raciocinar sea violento ni arbitrario. Es tan natural, por el contrario, que se le ocurrirá necesariamente al que libre de preocupaciones pretenda darse clara cuenta de lo que es el matrimonio. Esta doctrina está formalmente reconocida por todas las comuniones cristianas, y este solo punto de vista nos explica por qué el sacerdote preside este acto que á la vez pertenece á la religion y al derecho privado (*f*). La razon que nos ha llevado á negar la existencia del contrato para la formacion del Estado, no se aplica al matrimonio. La formacion arbitraria del Estado no puede admitirse como verdadera, sino en virtud de una ficcion, pero depende incontestablemente de la voluntad de cada esposo de contraer ó no dicha union.

(*f*) La opinion que sostengo aquí contra Hegel tiene su importancia, como he demostrado antes, cuando se llega al pormenor del derecho. En el estudio general de la filosofía de Hegel es indiferente investigar si la palabra contrato está tomada en su sentido más ámplio ó en el más restringido, porque en el pasaje citado Hegel dice pocas palabras sobre este asunto, y solo para rehusar al matrimonio su carácter de contrato. Su principal objeto era refutar la opinion de Kant, y en esto estoy con Hegel. La definicion admirable que este dá del matrimonio (§ 161-164) se concilia muy bien con la opinion de los que la consideran como un verdadero contrato. La doctrina se expone de un modo muy exacto y satisfactorio en Hasse, Güterrecht der Ehegatten, § 31.

APÉNDICES.

APÉNDICE VII.

SOBRE ALGUNOS PUNTOS DUDOSOS DE LA DOCTRINA DE LA INFAMIA.

(§ LXXVII y § LXXXII).

I.

La infamia considerada como institucion jurídica, ¿es aplicable á las mujeres? Los que estiman la pérdida del derecho de postular como el efecto único ó principal de la infamia, deben juzgar esta aplicacion como supérflua, ya que no imposible. El pretor, en un segundo edicto, habiendo prohibido á todas las mujeres en general postular por otro, hacia inútil repetir la prohibicion, mitigada por excepciones con motivo de ciertas mujeres, las infames (§ 78).

Si, por el contrario, segun la doctrina que he procurado establecer se considera la infamia como la pérdida de todos los derechos políticos (§ 79 y 81), su aplicacion no tiene ningun sentido, porque las mujeres no han ejercido nunca estos derechos. Así se explica directamente por qué la tabla de Heraclea (Lex Julia municipalis), cuyo sólo objeto es regular la capacidad para ciertos derechos políticos, no puede mencionar á las mujeres en su enumeracion de los infames (§ 80).

Ahora bien; por lo que toca á la cuestion, ¿qué nos dicen las fuentes del derecho? El edicto del pretor sobre los infames, inserto en el Digesto, pasa en silencio las mujeres, con toda intencion, allí en donde precisamente debiera haberlas nombrado. Si una viuda contrae segundas nupcias antes de la conclusion del plazo legal, son declarados infames: el padre de la viuda, si está todavía bajo su potestad, el segundo marido, si es independiente y, en caso contrario, su padre; pero no se

dice una palabra de la viuda, áun cuando ciertamente sea la principal culpable.

Si quisiéramos buscar en este silencio del edicto la prueba de una ú otra opinion de las expuestas sobre la significacion práctica de la infamia, veríamos levantarse una cuestion verdadera, á causa de un gran número de textos que presentan la infamia misma de la viuda como cosa cierta y generalmente reconocida (§ 77, *y*). Estos textos parecen, pues, hallarse en contradiccion con el carácter esencial de la infamia y con el contenido del edicto del pretor.

¿Cómo resolver ahora tales dificultades?

II.

La Ley Julia señala, segun el testimonio de Ulpiano (XIII, § 1, 2), las prohibiciones siguientes de matrimonio, que distinguiré por cifras para facilitar la discusion.

Lege Julia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum, 1) libertinas, 2) et quæ ipsæ, 3) quarumve pater matervem artem ludicram fuerit, 4) idem corpore quæstum facientem.

Ceteri autem ingenui prohibentur ducere, 5) lenam, 6) et a lenone lenave manumissam, 7) et in adulterio deprehensum, 8) et judicio publico damnatam, 9), et quæ artem ludicram fecerit, 10) adjicit Mauricianus, et a senatu damnatam.

Lo primero que llama la atencion en las anteriores prohibiciones, es la distincion notable establecida entre ambas clases. Si, en general, hubiesen sido más rigurosas para los senadores, tales como, por ejemplo, la relativa á las manumitidas, se concebiria bien; pero vemos tambien el caso inverso, porque los matrimonios números 5, 6, 7, 8 y 10, prohibidos para los ingenuos, no lo están respecto á los senadores. Se dirá quizá que las prohibiciones relativas á los hombres que han tenido un orígen libre son la regla general, y abrazaban tambien á los senadores como ingenuos; pero esto no seria exacto, pues que las señaladas con los números 2 y 9 se formulan expresamente para una y otra clase.

Los jurisconsultos hubieron de rectificar, por vía de interpretacion, las espresiones defectuosas de la ley; extendiendo, no sólo á los senadores, por razones de analogía, algunas prohibiciones de las señaladas contra los ingenuos (*a*), sino que asentaron la regla, por lo demás muy

---

(*a*) L. 43, § 6, de ritu nupt. (XXIII, 2). «Lenocinium facere *non minus est* quem corpore quæstum exercere.» Todo este texto es relativo á las prohibiciones de matrimonio especiales á los senadores. Habiendo hablado la ley Julia de *quæstus corpore* y no de *lenocinium*, el jurisconsulto cree necesario establecer como adicion que el *lenocinium* está comprendido en las causas de prohibicion, bien que éste fuera enumerado entre las de prohibicion relativas á los manumitidos.

natural, de que toda prohibicion decretada contra los que tenian un orígen libre, se aplicaba tambien á los senadores (*b*). Fueron más allá todavía: la ley Julia habia evitado la palabra infamia seguramente porque segun el antiguo derecho la infamia no alcanzaba á las mujeres (núm. 1); pero, en la enumeracion de los diferentes casos, tenia presente la misma idea (*c*), y muchos de dichos casos figuraban expresamente en el edicto del pretor sobre los infames. Así, v. g., la mujer condenada por robo, ¿no estaba sujeta á las prohibiciones de la ley Julia? Nada más natural, pues, que formular esta regla: todos los casos de infamia son para los hombres ingenuos y, por consecuencia, para los senadores, causas de prohibicion de matrimonio; para los senadores, además, lo era la libertinidad del otro cónyuge, y estos son précisamente los términos en que se expresa Ulpiano (*d*). De un modo recíproco, todas las causas de prohibicion enumeradas por la ley Julia, áun cuando no se encuentren en el edicto, debieron ser consideradas como verdaderos casos de infamia, salvo el de la simple libertinidad, porque esta prohibicion no envolvia consideraciones morales. La distincion entre los senadores y los ingenuos mostrábase bajo dos aspectos: la extension de las prohibiciones á los manumitidos sin atender su condicion individual, y la aplicacion de la prohibicion á los hombres infames, qne no podian casarse con las hijas ni las nietas de los senadores, en tanto que en la clase de ingenuos la prohibicion del matrimonio solo alcanzaba á impedirlo con las mujeres infames.

Por consecuencia del desarrollo natural de las idgas, la infamia recibió una extension considerable, designando desde entonces para los hombres la pérdida de todos los derechos políticos y la incapacidad de contraer matrimonio con las mujeres descendientes de los senadores; respecto á las mujeres, la incapacidad para el matrimonio con todo hombre ingénuo en general, lo que evidentemente comprendia á los senadores y sus hijos. A pesar de dicha extension, la idea de la infamia estaba tan rigurosamente determinada como otras veces (§ 78), y no se per-

---

(*b*) L. 43, § 8, de ritu nupt. (XXIII, 2). «Eas quas ingenui ceteri prohibentur ducere uxores, senatores non ducet.»

(*c*) Así es como lo entendian los antiguos jurisconsultos, porque en sus comentarios sobre la ley emplean las frases que el edicto del pretor aplicaba á los infames. L. 43, § 12, 13, de ritu nupt. (XXII, 2). «Lege *notatur*,» «erit *notata*» «idcirco *notetur*,» «*notata* erit,» «quia factum lex, non sententiam *notaverit*, etc.»

(*d*) Ulpiano XVI, § 2. «Aliquando nihil inter se capiunt, id est si contra legem Juliam Pappiamque contraxerint matrimonium: verbi gratia, *si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator.*» *Si quis*, es decir, todo individuo, sea ó no senador, sobreentendiéndose, sin embargo, *ingenuus*. *Famosam* es, sin duda alguna, sinónima de *infamem*, y Ulpiano, en particular, emplea estas palabras indistintamente. L. 6, § 1, de his qui not. (III, 2).

dia en la idea, vaga algun tanto, de que envolvieran una mala reputacion ó la *infamia facti.*

No tengo necesidad de añadir que lo mismo los jurisconsultos que los emperadores reconocieron estos nuevos casos de infamia y los aplicaron; pero, ¿debian haberse incluido en el edicto del pretor? Respecto á la mayoría de ellos, no habia necesidad de ninguna modificacion, porque los términos del edicto (furti, mandati damnatus, etc.) podian aplicarse á los dos sexos, bastando no más, como otras veces, sobreentender la exclusion de las mujeres. En el mismo año en que el edicto excluia nominalmente á éstas (§ 77), la práctica no reclamaba el cambio, porque el edicto del pretor no se ocupaba de los infames más que para rehusarles el derecho de presentarse en juicio, y bajo esta relacion la infamia no establecia distincion alguna respecto á las mujeres (núm. 1). No obstante, se hizo esta adicion no exigida por la práctica, completándose el edicto é insertando los casos especiales relativos á las mujeres (núm. VIII); sin duda, porque dicha fuente jurídica era el único monumento legislativo revestido de autoridad en donde se incluyó la lista de los infames.

III.

La prohibicion del matrimonio establecida por la ley Julia, ¿qué significacion tenia? O en otros términos, ¿cuáles eran para las mujeres las consecuencias prácticas de la infamia?

Segun las palabras de Ulpiano, *prohibentur*, en armonía de otra parte con los términos de la ley *(a)*, ¿podria creerse que en todos estos casos no habia *connubium*, es decir, que el matrimonio así declarado era nulo, como lo seria siempre el contraido entre hermanos y hermanas; ó era necesario admitir que la ley dejaba á tal matrimonio todos los efectos que le atribuia el antiguo derecho, y que solamente rehusaba á los esposos los privilegios establecidos por ella en favor de las personas casadas en oposicion á los célibes? La distincion parece muy sutil y, sin embargo, nos vemos obligados á admitirla como verdadera; así, pues, el matrimonio era válido y los hijos nacian bajo el poder paterno. Pero respecto á las condiciones de la capacidad eran considerados los esposos como no casados, y desde este momento se hacia incapaz cada uno de ellos de adquirir por testamento, sea de su cónyuge, sea de un tercero. En cuanto á la cuestion de saber si los hijos procedentes de un matrimonio de esta clase conferian ó no privilegios á sus padres, no habia un principio bien sentado, porque entre estos privilegios, mientras que los unos se concedian los otros se negaban. Vamos ahora á establecer estos diferentes puntos.

(*a*) L. 44, pr. de ritu nupt. (XXIII, 2). «Ne quis eorum sponsam uxorenve... habeto:» más allá: «Neves senatoris filia... sponsa nuptave esto;» por último: «Neve quis eorum... sponsam uxorenve eam habeto.»

1) Ulpiano XVI, 2, dice expresamente hablando de un matrimonio contrario á la ley Julia, que los esposos no podian dejarse nada por testamento (núm. 2, *d*). Es esta una prohibicion positiva independiente de la validez del matrimonio, porque admitida su nulidad, se comprendia por lo demás que una union eminentemente de hecho no tenia ningun carácter jurídico. Cómo, de otra parte, habria citado Ulpiano como motivo de la incapacidad este caso particular de nulidad, sin hablar de otros, tales como el parentesco, que se presentaban naturalmente? (*b*)

2) El padre de tres hijos podia rehusar una tutela que se le defiriere; pero los hijos debian para esto ser *justi liberi.* Promuévese la cuestion de saber si esta expresion debia tomarse en el sentido del antiguo derecho *jus civile*, ó de las prescripciones rigurosas de la ley Julia. Un antiguo jurisconsulto adopta la primera opinion, es decir, la más benigna (*c*); viéndose segun esta decision que si la ley Julia no reconocia el matrimonio, era con relacion á ciertos fines principales especialmente determinados, pues si se hubiere tratado de la nulidad absoluta, los hijos no lo habrian sido de su pretendido padre (*d*).

Si, pues, en ciertos casos la ley Julia declaraba la nulidad del matrimonio, lo cual niego, no habia temperamento posible que les favoreciera; y si, por el contrario, y esto es lo que yo pienso, la ley admitia la validez del matrimonio negándoles tan solo algunos privilegios, la controversia era posible, porque constituyendo las excusas un privilegio arbitrario, era dado siempre sostener que dejaba de ser ne-

---

(*b*) No obstante, reconozco que la proposicion de Ulpiano abraza dos conclusiones: primera, no gozan de las ventajas que resultan del solo hecho del matrimonio entre personas válidas; segunda, no pueden dejarse nada por testamento, áun cuando tuvieran capacidad para recibir de personas extrañas, si, por ejemplo, la mujer ha dado á luz tres hijos.

La consecuencia que deduzco de este texto es verdadera para el primer caso, pero no para el segundo.

(*c*) Fragm. Vaticana, § 168. «Quidam tamen justos, *secundum has leges* putant dici... Sed justorum mentio ita accipienda est, *uti secundum jus civile quæsiti* sint.» El jurisconsulto dice en términos expresos que la opinion contraria tenia tambien sus partidarios, y en un caso análogo la opinion más rigurosa le habia satisfecho. Un manumitido que tenia dos hijos vivos, quedaba libre de toda carga como de sus demás deberes respecto al patrono, y se dice á este propósito: *ex lege* autem nati liberi prosunt.» (L. 37, § 7 de operis libert. XXXVIII, 1). La *lex* es naturalmente la ley Julia que estableció este género de privilegio en favor de los manumitidos.

(*d*) § 12, de nupt. (I, 10). «Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coierint. Nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo evitu nascuntur..... tales sunt.... quales suntii, quos vulgo mater concepit: nam nec his patrem habere intelliguntur, cum his etiam pater est incertus.»

cesario formar cuenta respecto á los hijos de un matrimonio no ya válido, sino contrario á la ley Julia.

3) La viuda que se casaba durante el año del luto era infame (§ 77, *y*). La ley Julia y su interpretacion prohiben á todas las mujeres infames contraer matrimonio con un hombre ingénuo (núm. II). Y si esta prohibicion hubiera entrañado la nulidad de todo matrimonio entre una mujer infame y un hombre libre desde su orígen, en el caso en que la viuda se casaba de nuevo antes del año de luto, no habria habido matrimonio, ni dote (nota *d*). Además, las leyes de los emperadores que fijan las penas impuestas á los matrimonios prematuros, admitian en términos tan formales su validez, y sobre todo, la existencia jurídica de una dote verdadera (*e*), que el único medio de no ponerse en contradiccion con ellas es reconocer, como lo hago aquí, que la ley Julia, prohibiendo ciertos matrimonios, no ha considerado su nulidad.

4) Los acontecimientos cumplidos, posteriormente, confirman mejor aún nuestra opinion acerca del sentido práctico de la ley Julia. Un decreto del Senado dado bajo Marco Aurelio decretó la nulidad de los matrimonios contraidos entre manumitidos y los senadores y sus descendientes, siendo despues siempre á este decreto al que se atribuyó la nulidad de dichos matrimonios (*f*). De aquí habremos de deducir necesariamente:

a) Que antes de este decreto del senado los matrimonios entre los manumitidos y los senadores no eran nulos;

b) Que antes y despues, el matrimonio entre los senadores y los infames no era igualmente nulo; extendiéndose tan solo la nulidad por vía de interpretacion á los matrimonios con los comediantes ó sus hijos y las personas que ejercian una profesion peligrosa para las costumbres (*g*), nunca con los infames en general (*h*);

(*e*) L. I. C. de secund. nupt. (V, 9).—No se responderia á esta objecion diciendo que el matrimonio, nulo en un principio, se hacia válido una vez espirado el plazo del luto. La infamia de la mujer, como cualquiera otra, era perpétua, y si en general la infamia impedia contraer matrimonio con un hombre libre, esta incapacidad no la resolvia nunca el tiempo.

(*f*) L. 16, pr. de ritu nupt. (XXIII, 2). «Oratione D. Marci cavetur, ut si senatoris filia libertino nuprisset, *nec nuptiæ essent*; quam et senatus consultum secutum est.» L. 16, dispons. (XXIII, 1). «Oratio impp. Antonini et Commodi, quæ *quasdam nuptias in persona senatorum inhibuit*, de sponsalibus nihil locuta est; recte tamen dicitur, etiam sponsalia in his caribus, *ipso jure nullius esse momenti*; est supleatur quod orationi deest.» (Cmp. L. 3, § I, de don. int. vir. et ux. (XXIV, 1), L. 27, L. 34. §3, de ritu nupt. (XXIII, 2).

(*g*) Ya Modestino habla de la extension á los comediantes y sus hijos, L. 42, § 1, de ritu nupt. (XXIII, 2). Constantino estableció el principio de un modo más completo (L. 1, C. de natur. lib. V, 27) y su constitucion fué todavía mejor precisada por Marciano (L. 7, C. De incestis V, 5).

(*h*) Las leyes citadas refieren la nulidad á las profesiones infaman-

c) Que antes y despues, los matrimonios de los ingenuos con las mujeres infames no eran nulos, sino que solamente estaban desprovistos de los privilegios concedidos por la ley Julia á la condicion del matrimonio; privilegios relativos á la capacidad más ó ménos amplia de recibir por testamento.

IV.

Las menciones frecuentes del decreto dado bajo Marco Aurelio, han ofrecido necesariamente la base á los autores modernos de este encadenamiento histórico; pero se han explicado el asunto con tan poca claridad que la confusion en vez de disminuir ha ido en aumento. Así, Heinecio (*a*) comienza por decir que la prohibicion del matrimonio de la ley Julia, era una ley *minus quam perfecta*, y que el decreto dado bajo Marco Aurelio la hacia *perfecta*, declarando la solucion del matrimonio. Despues, presenta la antígua prohibicion como una nulidad verdadera y completa del matrimonio; de suerte que el único resultado nuevo producido por el decreto habria consistido en separar á los esposos como medida de policía que, de otra parte, es lo que el derecho romano no ha intentado jamás.

A este error fundamental de los autores modernos se refieren otros muy graves acerca de la interpretacion de muchos textos: citaré desde luego, el principio del título de la Instítuta, de *nuptiis*: «Justam autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui *secundum prœcepta legum* cöeunt.»—Aquí, *prœcepta legum* significa, se dice, la ley Julia y Pappia Poppea. Pero no puede ser este el pensamiento de Justiniano ni del antíguo jurisconsulto de quien está tomado este fragmento; en primer término, porque las *justœ nuptiœ* eran independientes de dichas prescripciones (núm. III); y en segundo lugar, porque áun cuando ellas hubieran ejercido alguna influencia, no se las podria nunca presentar como las únicas condiciones de las *justœ nuptiœ*, excluyendo disposiciones mucho más importantes del antíguo *jus civile*. Así, las palabras *prœcepta legum*, se aplicaban á las reglas del derecho positivo en general y sin ninguna significacion especial histórica.

---

tes y no á la infamia resultante de hechos aislados. Este aserto se prueba por el texto siguiente: L. 43, § 10, De ritu nupt. (XXIII, 2). «Senatus censuit, *non conveniens esse*, ulli senatori, uxorem ducere aut retinere *damnatam publico judicio*.» Un matrimonio semejante, no era, pues, nulo, porque necesitó un senado-consulto para declararlo inconveniente é impedirlo por medios indirectos.

(*a*) Heinecio, ad L. Jul. et P. P., lib. II, cap. 2 y cap. 6.—Los puntos principales de esta doctrina, áun cuando no muy bien precisados, se hallan ya en Ramos, ad L. Jul. et P. P., lib. II, cap. 8.

Citaré además un texto difícil de Paulo en la *collatio* (XVI, 3), en el cual despues de haber definido los *sui heredes* como los hijos bajo el poder patrio, añade el siguiente pormenor: «nec interest, adoptavi sint, an naturales *et secundum legum Juliam Pappiamve quæsiti*.» Hé aquí, ahora, como se interpreta este texto; los hijos, tanto adoptivos cómo naturales, con tal que estos procedan de un matrimonio conforme á la ley Julia. Renuevánse en este punto los dos argumentos con los cuales he combatido la interpretacion dada al texto de las Institutas: Paulo habia cometido una falsedad, mientras que omitia un hecho real y verdadero. Además, la conjuncion *et* no se aplica como condicion ni restriccion al segundo caso de los *sui*, sino que más bien significa un tercero. Paulo queria decir, probablemente: Son *sui*; 1.º los hijos adoptivos; 2.º los que han nacido de matrimonio legal; 3.º los que á consecuencia de una *causæ probatio* están sometidos al poder paterno. El desenvolvimiento y la prueba de la interpretacion que precede quizá exija un cambio en el texto, ligándose á una investigacion profunda sobre la historía de la *causæ probatio*, segun los testimonios de Gayo y Ulpiano.

V.

La historia ulterior de estas prohibiciones del matrimonio es importante, sobre todo, para el asunto que nos ocupa. La prohibicion general que para los hombres ingénuos y frecuentemente tambien para los senadores conducia solo á una privacion de bienes, es rechazada por diversas leyes de los emperadores, quienes abolieron las penas fijadas contra el celibato y la falta de hijos (*a*). Y, en efecto, estos actos quitan á la prohibicion general toda su importancia práctica.

La prohibicion especial que desde Marco Aurelio declaraba la nulidad de los matrimonios entre los senadores y las manumitidas, comediantas etc., subsistió hasta Justiniano, quien la destruyó progresivamente, ordenando primero que el matrimonio de un ingénuo con una manumitida no sería anulado, si despues, el marido adquiria la dignidad senatorial (*b*); permitiendo luego á los senadores casarse con las comediantas, con tal que ellas hubiesen renunciado á su profesion (*c*);

(*a*) Tit. De infirmandis pænis cælibatus, etc., en el Código Teodosiano VIII, 16; en el Código Justineaneo, VIII, 58.

(*b*) L. 28, C. De nupt, (V, 4). Segun la letra de este texto, podria creerse que la L. Papia declaraba ya la nulidad; pero es una expresion inexacta que, bajo el nombre de L. Pap., comprende las adiciones posteriores hechas á dicha ley.

(*c*) L. 29, C. De nupt. (V, 4). Esto era desde luego contrario á la ley Julia, pues ella extendia la prohibicion á los hijos de los comediantes. La innovacion de Justiniano fué motivada por el recuerdo de la antigua profesion de la Emperatriz reinante Teodora.

y, finalmente, concediendo á los senadores permiso para contraer toda clase de matrimonio, bajo la sola condicion de redactar por escrito un contrato (*d*).

A contar desde este momento, se hallan borrados hasta los últimos rastros de las prohibiciones de matrimonio decretados por la ley Julia, perdiendo la infamia aplicada á las mujeres al mismo tiempo toda su influencia práctica.

VI.

Si una viuda contrae un segundo matrimonio durante el año del luto (otras veces el luto no duraba sino diez meses), un pasaje del edicto del pretor inserto en el Digesto declara ínfames al padre de la viuda, si es que estaba bajo su potestad, y al segundo marido ó su padre, si estaba tambien bajo la patria potestad (§ 77). El edicto no habla de la viuda; pero muchos textos procedentes de los jurisconsultos y de los emperadores, la declaran igualmente infame (§ 77, *y*). Independientemente de esta diferencia, que exige una explicacion, se presentan además otras cuestiones cuando se examina atentamente el asunto. Si la violacion del luto era en realidad el motivo de la infamia, ¿por qué el luto de otras personas, tales como el padre y la madre, no habia sido protegido por las mismas penas que el del marido? Más aún, y hecha abstraccion de las personas, ¿por qué un segundo matrimonio ha de ser el sólo y único acto considerado como violacion del luto?

Antes de buscar en las fuentes una respuesta á las cuestiones que preceden, haré una observacion preliminar con el objeto de esclarecer la materia. El matrimonio en sí mismo no tiene nada de comun con el luto ni con la violacion del luto; y tan era así, que para quebrantarlo eran necesarias demostraciones incompatibles con los sentimientos de respeto debidos á los muertos (*a*). Además, el matrimonio podia celebrarse en secreto, con recogimiento, y sin que en nada se lastimara con él la memoria del difunto; lo cual se hacia más evidente cuando se tratase de un matrimonio deseado y preparado por un padre antes de su muerte. Tambien hay otras circunstancias en apoyo de mi opinion: si el matrimonio hubiese sido en sí mismo una violacion del lu-

---

(*d*) Nov. 117. C. 6. Los contratos de matrimonio no eran prescritos con este fin únicamente: el cap. 4 de la misma Novela los exige como forma general para los matrimonios de los *illustres*.

(*a*) Paulo, L. 21, § 14: «Qui luget, abstinere debet a conviviis, ornamentis, purpura, et alba veste.» Este es el texto del Breviarium; sólo falta ordinariamente la palabra *purpura* en los manuscritos, que ha sido añadida segun el Cod. Verontinus. Discutiré despues la importancia de la palabra.

to, la mujer, durante el de un pariente y principalmente de un padre ó de un hijo, habria debido obtener una *vacatio*, es decir, una dispensa temporal de matrimonio sin incurrir en las penas impuestas contra el celibato, porque recientemente no habrian tampoco podido colocar á una mujer en la alternativa inevitable de incurrir en una ú otra de ambas penas. Pero una *vacatio* semejante no se concedia nunca sino despues de la muerte del marido (*b*), y por esto el matrimonio, con relacion á los parientes, no constituia una violacion del luto.

Habia más: el luto de una mujer se abrevia, es decir, concluye excepcionalmente por el hecho sólo de sus esponsales (*c*); y si el matrimonio siguiera inmediatamente llegaria una época en que el luto habria terminado y, por tanto, no podia decirse se violaba. La ley atribuida á Numa contiene tambien dos distintas disposiciones sobre la materia: la obligacion de llevar el luto por los muertos durante un cierto tiempo, y la prohibion de contraer un nuevo matrimonio durante una época determinada por igual concepto (*d*): por último, era fácil que se cometiese el olvido, y se explica fácilmente. El pretor declaró como causa de infamia un segundo matrimonio prematuro, y para fijar el tiempo antes del cual dicho matrimonio no podia contraerse, estableció precisamente aquel durante el cual habia costumbre de que la viuda llevase luto por su marido (*e*). Y así se tomó como motivo de la penalidad el luto, que no servia más que para la fijacion del plazo, porque el motivo verdadero era evitar la confusion del parto, en el caso en que naciera un hijo poco tiempo despues de celebrado el segundo matrimonio.

La verdad de esta explicacion está fuera de toda duda para Ulpiano, quien dice expresamente que el luto no se menciona sino para fijar el tiempo en el edicto del pretor (*f*), dando á la par dos pruebas que son convincentes: primera, que no incurriria ménos la viuda en la infamia aun cuando no debiera llevar el luto, si, por ejemplo, su marido habia sido condenado como reo de alta traicion ó se habia dado la muerte con

---

(*b*) Ulpiano, tít. XIV: «Feminis lex Julia *a morte viri anni tribuit vacationem*, a divorcio sex menses: lex autem Papia *a morte viri biennium*, a repudio annum et sex menses.»

(*c*) Festo S. V.: «*Minuitur* populo luctus ædis dedicatione... privatis autem, cum liberi nati sunt, *cum desponse est.*» rel.

(*d*) Plutarco, Numa, C. 12, acerca de las diferentes tentativas hechas para recomponer la ley de Numa; para fijar el sentido práctico de este pasaje. Cmp. Dirksen, Versuche, p. 331.

(*e*) «*Intra id tempus*, quo elugere virum moris est, *antequam* virum elugeret.»

(*f*) L. II, § I. De his qui not. (III, 2) Pretor enim *ad id tempus se retulit*, quo vir elugeretur qui solet elugeri, *propter turbationem sanguinis.*»

el fin de librarse de una pena (*g*); y segunda, que la prohibicion y la infamia desaparecian si se hacia embarazada despues de la muerte del marido, y áun antes de espirar el plazo del luto, porque entonces la *turbatio sanguinis* era imposible (*h*). En virtud del mismo principio es por lo que el luto del padre, de la madre ó de los hijos no opone nunca obstáculo al matrimonio (*i*).

VII.

Veamos ahora otros datos ciertos que completan los ya expuestos. Había, segun antigua costumbre, la cual se remonta á las leyes de Numa, dos reglas distintas y, sin embargo, que eran análogas.

1) La viuda, despues de la muerte de su marido, debia permanecer diez meses (los emperadores establecieron un año) sin pasar á segundas nupcias; si violaba esta regla se declaraban infames los hombres que habian contribuido al matrimonio, el nuevo esposo, y, segun las circunstancias, los padres de los contrayentes. Es indudable que la afrenta de la transgresion recaia directamente sobre la viuda; pero no podia ser objeto de la infamia, puesto que esta pena tenia entonces un carácter político.

2) Se debe llevar el luto por los parientes próximos, y se hace necesario para cumplirlo abstenerse del lujo en los vestidos, así como de la ostentacion en los festines. Esta obligacion del luto no era de seguro impuesta rigurosamente más que en ciertos casos; para los demás se dejaba al sentimiento de los parientes la observancia de las prescripciones legales. Es imposible establecer en esta materia reglas fijas para todos los tiempos (*a*): bajo los emperadores, y quizá antes, la obligacion del luto se impuso ordinariamente á las mujeres, bien que se cita una opinion contraria, pero que es aislada (*b*).

(*g*) L. 2, § I, 3. De his qui not. (III, 2).

(*h*) L. II, § 2, De his qui not. «Pomponius eam, quæ intra legitimum tempus partam ediderit, putat etatim posse nuptiis se collocare: quod verum puto.»

(*i*) L. II, pr. De his qui not. (III, 2). «Liberorum autem et parentium luctus impedimento nuptiis non est.»

(*a*) Quizá no hubiera término rigurosamente fijado, no haciéndose indispensable hasta que la violacion del luto entrañó la infamia; antes estaba abandonado el asunto al poder discrecional de los censores, y tal vez continuaran ellos ejerciendo su vigilancia á fin de completar los efectos de la infamia. Comp. Niebuhr, t., II, p. 450, 2.ª y 3.ª edic.

(*b*) Fragm. Vat., § 321 (probablemente tomado de Paulo ad edictum): Parentem inquit. Hic omnes parentes accipe utriusque sexus; nam lugendi eos *mulieribus* moris est. Quamquam Papinianus, lib. II, quæstionum etiam liberis virilis sexus lugendos esse dicat: *quod nescio ubi*

Entonces las mujeres no estuvieron obligadas á llevar sino el luto de sus maridos, de sus ascendientes y descendientes todos (*c*): antiguamente era probable que guardasen tambien el de sus próximos colaterales (*d*). El quebrantamiento de este deber se consideraba como una impiedad y un deshonor; pero como el luto no era obligatorio sino para las mujeres, no podia constituir un caso de infamia, mientras que la pena conservó su carácter de institucion política.

Pero cuando la ley Julia, completada por la interpretacion de los jurisconsultos, hizo la infamia aplicable á las mujeres (núm. II), todo esto debió naturalmente cambiar, y la viuda que contraia segundas nupcias prematuramente, como las mujeres que faltaban á sus deberes del luto, debieron incurrir en la infamia. No habia necesidad verdadera de insertar los nuevos casos en el edicto del pretor, y, sin embargo, se añadieron (núm. II).

Cuando la legislacion Justinianea hubo, finalmente, hecho inaplicable la infamia á las mujeres (núm. V), los casos de aplicacion desaparecieron de nuevo. Así se explica muy bien por qué insertando en el edicto el decreto sobre los infames, se omitieron las adiciones posteriores á la ley Julia. En rigor no se habrá debido dejar ninguna huella de estos principios en los fragmentos de los jurisconsultos ni en las constituciones de los emperadores; y si ha sucedido lo contrario (§ 77, *y*), se explica sobradamente por la manera como se han llevado á cabo las compilaciones y por analogía de tantas otras materias, sin que se

---

legerit.» Es posible que en ciertos casos particulares hubiesen notado los censores á los hijos por la violacion del luto de los padres (nota *a*), lo cual explicaria la diversidad extraordinaria de opiniones. Por una casualidad singular poseemos el pasaje de Papiniano aquí criticado. L. 25. pr. De his qui not. (III. 2). «Papinianus, lib. II, quæstionum. Exheredatum quoque filium luctum habere patris memoriæ placuit. Idemque et in matre juris est, cujus hereditas ad filium non pertinet.» Séneca, epístola 63, propone contra la observancia del luto por los hombres: «Andum feminis ad lugendum constituere, non est tamdiu, sid ne diutius; *viris nullum legitimum tempus est*, *quia nullum honestum.*» Se puede ver en estas últimas palabras una exageracion oratoria, del mismo modo que en la asercion de que el año del luto impuesto á las mujeres debe entenderse como máximum. Sin embargo, Séneca asienta aquí la distincion entre los dos sexos con relacion al luto, como un hecho fuera de toda duda.—Citaré tambien sobre este asunto la L. 9, pr. De his qui not (III, 3): «Uxores viri lugere non compelluntur.»—Finalmente, señalaré las palabras «*mulieribus* remittuntur, de la L. 15, C. ex quib. C. inf. (Véase núm. XVI, 6).

(*c*) Fragm. Vat., § 320 (términos del edicto): «Quæ virum, parentemve, liberosve suos, uti mos est, non eluxerit.»

(*d*) Festo V. *minuitur* «... privatis (minuitur luctus)... cum propiore quis cognatione, *quam is qui lugetur* natus est.» Comp. Klenze, Zeitsschrift. Gesch. Rechtsw. VI, p. 33.—Más adelante, núm. IX, *c*.

pueda encontrar en esto circunstancia ni motivo para elevar una duda sobre la exactitud de nuestras enseñanzas históricas.

VIII.

Era indispensable un preliminar para afirmar claramente lo que contienen las fuentes del derecho, relativo á las cuestiones que nos ocupan, y ya lo hemos hecho. Poseemos en dos puntos distintos extractos del edicto sobre el matrimonio prematuro y el quebrantamiento del luto, fragmentos cuya autenticidad es indudable por lo que hace á la cuestion principal, pero que en tanto están literalmente conformes como desacordes en gran manera. Uno de ellos, del cual me he servido hasta aquí, se halla en el Digesto tomado de Juliano, lib. I, ad edictum (L. I, de his qui not.), el otro se encuentra entre los fragmentos del Vaticano, y procede de un comentario, cuyo autor desconocido es probablemente Paulo, lib. V, ad edictum (*a*). Tambien poseemos un fragmento díferente, y atribuido como el anterior á Paulo: procuraré explicar esta diferencia, y á este efecto haré el paralelo de ambos extractos del edicto.

	L. I, de his qui not. inf. Infamia notatur...		Fragmenta Vaticana, § 320.
A.	Qui eam, quæ in potestate ejus esset, genere mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit:	A.	Et qui eam, quam in potestate habet, generere mortuo, cum eum mortuum esse sciret, in matrimonium collocaverit:
B.	Eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus in cujus potestate est:	B.	Eamve sciens uxorem duxerit;
C.	Et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est uxorem ducere passus fuerit.	C.	Et qui eum, quem in potestate haberet, earum quam uxorem ducere passus fuerit.
		D.	Quæ virum, parentem, liberosve suos, uti mos est, non eluxerit;
		E.	Quæ cum in parentis sui potestate non esset, viro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, nupserit.

(*a*) Este fragmento evidentemente está tomado de un comentario sobre el edicto. Como Ulpiano es citado y refutado, no tenemos que

Hablaré desde luego de los casos que tienen ménos importancia, advirtiendo que en este lugar, como en la série de la discusion, me serviré de las letras. por medio de las cuales he procurado distinguir los diferentes casos de infamia.

Es evidente que nadie habrá de objetarme que la palabra *infamia* no se encuentra en el texto del Vaticano ni en el comentario que sigue inmediatamente, § 321. El extracto empezado desde donde se hace mencion de la infamia y su conformidad en gran parte literal con el texto del Digesto, prueban evidentemente que está tomado de la lista de los infames redactada por el pretor.

No concedo más importancia á que en el texto del Vaticano (*A* y *B*) falten muchas palabras lógicamente indispensables para el sentido del edicto, palabras que, segun pienso, no han sido omitidas por los copistas, sino por el abreviador mismo, y con marcada intencion, pues, trascribiendo los casos *A*, *B* y *C*, queria solo conservar el enlace de las ideas y mostrar como el caso *D* y *E* se referian á los precedentes. Y, en efecto, se ocupa principalmente de los dos últimos, siendo prueba de esto que en el párrafo tomado del comentario del jurisconsulto, no cita más que un fragmento relativo al caso *D*. El mismo espíritu reina en cuanto á los términos muy justos y ciertamente auténticos del edicto: «Eam de qua supra comprehensum est,» donde el que extractaba ha substituido: «earum quam» (*C*), si bien no hay nada en los pasajes *A* y *B* que justifique el plural «earum.» Por lo demás, el sentido permanece siempre intacto «toda mujer,» concibiéndose que el texto auténtico y circunstanciado del edicto haya sido abreviado arbitrariamente, en tanto que lo contrario no se explicaria.

Pero ahora llegamos á la cuestion más importante: los pasajes *C* y *D* designan á lo que creo, dos casos distintos ó bien un solo y mismo caso, de suerte que las palabras «quæ virum... non duxerit» fueren simplemente el complemento de las que preceden, «earum quam?» Segun mi criterio, son infames: *C*, el padre del nuevo esposo; *D*, toda mujer que infringe la prohibicion del luto, sin que para nada se nombre aquí el matrimonio. Segun otra opinion es infame el padre del hombre que casa con una mujer violando la obligacion del luto (*b*).

---

elegir más que entre Ulpiano y Paulo. Pero me inclino mejor á creer que Paulo es el autor, porque Ulpiano en la L. 23, De his qui not. (III, 2), me parece que considera la cuestion bajo un aspecto distinto. Sin embargo, teniendo en cuenta el pequeño número de fragmentos que poseemos, en donde todas las ideas intermedias faltan, tal circunstancia no podria ser decisiva.

(*b*) Esta opinion es la de Wenck, Prœf. ad Hauboldi opuscula, vol. I, p. XVXII, XXXIII, á la cual llega naturalmente porque supone que el edicto, tal como lo conocemos por los fragmentos del Vaticano, y por el Digesto, declara únicamente contra los hombres la infamia, nunca contra las mujeres, no habiendo tenido en consideracion más

Hé aquí los fundamentos favorables á mi opinion:

1) La contraria implica necesariamente la autenticidad de las palabras «eaurum quam», pues lo mismo pueden reconstituirse con las palabras precedentes que con las que les siguen; además de que he mostrado cómo la redaccion dicha pertenece al que hizo el extracto y no al edicto del pretor. Segun el texto auténtico del Digesto esta interpretacion es imposible, porque las palabras «eam de qua supra, etc.» no cabe referirlas sino al caso que precede.

2) Si «earum quam» era efectivamente el texto auténtico, las palabras «quæ... duxerit» refiriéndose á «earum» han debido estar en plural.

3) En el manuscrito, «quæ virum», se encuentra al principio de un párrafo aparte; y esto nos indica más bien el comienzo de un nuevo caso que la continuacion de la misma proposicion.

4) La opinion que estoy rebatiendo supone que el marido mismo es quien ha violado el luto de los padres ó de sus hijos, suposicion extemporánea que nada justifica (núm. VI).

5) Aun cuando fuera verdad que el solo hecho del matrimonio es siempre una violacion del luto, seria todavía preciso relegar esta opinion á causa de la inconsecuencia de sus resultados prácticos, porque entonces habríamos de declarar infame al padre del hombre que se casaba con una mujer violando la obligacion del luto. Este rigor, por sí mismo difícil de concebir, no lo es tanto si se considera que la infamia no alcanzaba al padre de la mujer ni del nuevo esposo, fuera del poder paterno. Y efectivamente, segun los pasajes *A* y *B* uno y otro sólo son declarados infames cuando la viuda se casa de nuevo antes de espirar el luto de su primer marido, no cuando viola la obligacion del luto de sus padres ó de sus hijos: una contradiccion tan marcada no podria admitirse.

---

que la incapacidad de las infames para presentarse en juicio. Wenck no se ocupa de explicar la gran diferencia que ofrecen ambos textos. E... opinion no puede entenderse sino de dos maneras, y es necesario admitir que la infamia del abuelo resulta: 1.º, de un matrimonio contraido durante el luto; 2.º, del quebrantamiento del luto, del cual se haria culpable la mujer en una época anterior por cualquier acto que fuese. Esta última hipótesis se funda no más que en las palabras siguientes: «quæ non duxerit,» las cuales se formulan así: la mujer que falta al luto incurre en infamia perpétua, y si más tarde contrae un segundo matrimonio, el marido ó su padre caen tambien bajo la infamia. Tal es, en efecto, la opinion de Wenck, p. XXXIII; pero no existe ejemplo de una extension semejante dada á la infamia, ni áun análogamente, estando, lo cual es más, en contradiccion con los textos positivos. Por esta razon, cuando un senador declarado infame por haber contraido matrimonio con una comedianta era expulsado del Senado, ¿para qué haber declarado tambien además la nulidad de su matrimonio? L. 42, § 1, de ritu nupt. (XXIII, 2).

La misma discusion se promueve respecto al caso *E*, que para mí es el complemento de las reglas asentadas en los *A*, *B* y *C*. Segun ellas son declarados infames los hombres que concurren á un matrimonio prematuro; la regla *E* extiende la infamia á la mujer misma. En la opinion contraria, no siendo esta regla sino la determinacion de «earum quam,» alcanza tambien al abuelo de la mujer (*c*). Los argumentos invocados para el caso *D*, se nos ofrecen aquí en toda su fuerza; pero existe uno aun más decisivo: el padre del marido no seria declarado infame más que cuando la mujer fuese independiente; pues que continúe ésta ó no bajo el poder paterno, el abuelo puede considerarse como culpable de haber autorizado el matrimonio de su hijo. Todo esto, de lo cual el pasaje *E* no seria sino una repeticion inoportuna, se halla ya expresado con claridad y precision en el texto del edicto trascrito por el Digesto (*C*): «Eam *de qua supra comprehensum est.*»

IX.

Parte de las diferencias existentes entre los dos textos del edicto se encuentra explicada por la intencion del que reasumia, autor de los fragmentos del Vaticano. Resta ahora lo más importante, los dos casos de la infamia (*D* y *E*), mencionados en los fragmentos y omitidos en el Digesto; pues aquí la explicacion precedente deja de ser aplicable porque convenia al que formaba el extracto limitar los textos en vez de añadir nada. Una exposicion completa de los hechos históricos nos hará evidente la diferencia.

Mientras que la infamia fué una institucion puramente política quedó extraña á las mujeres, más la ley Julia y su interpretacion incluia tambien á estas (núm. II), siendo declaradas infames, entre otras, las que faltaban á la obligacion del luto y las que se casaban de nuevo antes de trascurridos los diez primeros meses despues de la muerte de su anterior marido. Los nuevos casos se insertaron en el edicto (núm VII), é inmediatamente precedidos de aquellos con los cuales tenian mayor analogía. Los fragmentos del Vaticano nos presentan la forma nueva que estas adiciones dieron al edicto, comprendiendo por qué el caso *E* ha sido incluido despues del *A*, *B* y *C*, y no inmediatamente, porque el enlace lógico exigia que fuese puesto al lado, ó mejor, antes que ellos, puesto que se habria designado seguramente si hubiese existido cuando se hizo la primera redaccion del edicto.

Posteriormente el asunto sufrió una modificacion muy importante:

(*c*) Wenck, p. XXXII, para ser consecuente se vé obligado á entenderle así, añadiendo al segundo *quæ*, no al primero, el paréntesis explicativo: *i. e. quæve.*

un decreto del Senado cuya fecha se ignora *(a)*, separó los nuevos casos de infamia aplicados á las mujeres. La violacion del luto, sin que fuera autorizada, no tuvo más consecuencias jurídicas, es decir, cesó de ser infamante; no obstante, el matrimonio prematuro fué siempre una causa de infamia para la mujer y para el segundo marido *(b)*. Este nuevo estado del derecho puede verse muy claramente expresado en un texto de Ulpiano, que nos presenta el luto en general y sin distincion de sexo, como un simple deber de piedad que no entrañaba ninguna consecuencia jurídica, y, sobre todo, no lleva consigo la infamia *(c)*. Dicho texto concuerda perfectamente con el decreto del Senado, del cual acabo de ocuparme, no concibiéndose que algunos autores modernos hayan desconfiado de su autenticidad *(d)*.

Se habria podido entonces modificar de nuevo el edicto excluyendo el caso *D*: pero los fragmentos del Vaticano nos muestran que esto no tuvo lugar. El decreto fué evidentemente dado en una época en que los cambios del texto del edicto, ya muy raros, concluyeron por desaparecer de una vez; de otra parte, el decreto del Senado estaba reforzado con la autoridad y publicidad necesaria para que no se hubiese podido abusar del texto del edicto. Si, pues, esta disposicion abrogada se conservó en el edicto, no debe sorprendernos que Paulo, ó uno de los jurisconsultos contemporáneos, la hubiese comentado. Él añadió seguramente que en este caso el Senado habia abolido la infamia, bien que esta nota no se

---

(a) No puede fijarse en una época muy avanzada, porque posteriormente á los tiempos de Severo no poseemos ningun Senado-consulto cuya autenticidad esté probada.

(b) L. 15, C. ex quib. causis. (II, 2: «Imp. Gordianus. Decreto amplissimi ordinis luctu fæminarum deminutio, *tristior habitus ceteraque hoc genus insignia, mulieribus remittuntur*: *non etiam* intra tempus, quo his elugere maritum moris est, *matrimonium contrahere permittitur:* cum etiam, si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, *tam ea*, quam *is qui sciens eam duxit uxorem*, etiam si miles sit, *perpetuo edicto labem pudoris contrahat*, 239.» Es decir, la infamia impuesta por la última redaccion del edicto subsistió para este segundo caso, y fué abolida respecto al primero.

(c) L. 23, de his qui not. (III, 2). «Parentes, et liberi utriusque sexus, nec non et ceteri agnati vel cognati, secundum pietatis rationem et animi sui patientiam, prout quisque voluerit, lugendi sunt: qui autem eos non luxit, non notatur infamia.» El pensamiento expresado por este texto puede ser desenvuelto y completado de la siguiente manera: antiguamente el luto era en ciertos casos un deber riguroso, al cual se unió como sancion la pena de infamia; en otros no era sino un deber de conciencia, principalmente para los hombres, y cuando se trataba del luto de parientes colaterales (Cmp. núm. VII, *d*). El nuevo decreto del Senado abolió estas distinciones, y desde entonces el luto fué en todo caso un simple deber de conciencia.—No hay ningun motivo para pensar que este texto fuese interpolado.

(d) Así, por ejemplo, Cujas, Observ. 21, C. 12.

encuentra en el extracto del comentario que ha llegado hasta nosotros.

Bajo Justiniano el estado del asunto no era el mismo, sino que como sucedia en el antiguo derecho, las mujeres no eran castigadas con la infamia (núm. V). Nada más natural desde entonces que borrar del texto del edicto los casos exclusivamente aplicados á las mujeres (L. I, de his qui not.), explicándose por esto de una manera muy sencilla la diferencia existente entre los dos textos que poseemos.

X.

El texto del edicto en su redaccion más completa, la del Digesto (núm. VIII), presenta una nueva dificultad de la cual no he hablado todavía.

Qui eam, quæ in potestate ejus esset, generere mortuo, cum eum mortuum esse sciret, *intra id tempus quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret*, in matrimonium collocaverit.

Cualquiera referirá á primera vista á «collaverit» las palabras impresas en letra cursiva, que designarian entonces el tiempo durante el cual debe contraerse el matrimonio para que el suegro incurra en infamia. Sin embargo, esta interpretacion debe rechazarse por dos motivos: primero porque dichas palabras así entendidas, significarian una repeticion de todo pnnto inútil: *Intra id... moris est* habria tenido el mismo sentido que *antequam virum elugeret*. Y en segundo lugar porque las palabras que preceden, «cum eum mortuum esse sciret,» se refieren evidentemente á un caso de ignorancia escusable, y que no entrañaba la infamia (*a*), á saber, aquel en que el padre creyera vivo todavía á su primer yerno, bien que entonces la accion del padre seria más criminal porque habria querido hacer bigama á su hija.

Todas las dificultades anteriores desaparecen si se separan las palabras citadas en dos grupos distintos respecto al sentido y la construccion: «antequam virum elugeret» se refieren efectivamente á «collocaverit,» y tienen el sentido que se les dió más arriba; pero las que preceden sirven para determinar «mortuum esse,» y expresan el pensamiento siguiente: El padre es infame cuando despues de la muerte de su yerno, sabe que el tiempo del luto no ha espirado todavía: sin embargo, un error acerca de esta circunstancia justifica su consentimiento. Quiero suponer que el yerno parte al ejército y no hay noticias suyas: diez y ocho meses despues llega la nueva de su muerte, que se dice ha tenido lugar un mes despues de su marcha; pero el hecho no es exacto, y el yerno ha muerto á los cuatro meses. Si cuando la noticia se sabe la viuda se casa de nuevo en el acto, ni ella ni su padre son

(*a*) L. 8, de his qui not. (III, 2). Merito abjicit prætor, *cum eum mortuum esse sciret*, ne ignorantia puniatur.

culpables, porque se ignoraba que el luto no habia terminado, y en la creencia de la exactitud de la noticia, resultaria que habrian obrado válidamente (*b*).

La justicia de esta primera interpretacion no salta á la vista desde luego, sino que se hace necesario relacionar las palabras, «mortuum esse intra id tempus,» ó á una época anterior ya pasada; por lo demás, dicha interpretacion puede conciliarse muy bien con sus términos, conformes al espíritu del texto, siendo esto lo que se ha hecho desde mucho tiempo de una manera satisfactoria (*c*).

XI.

Llegamos ahora á un antiguo testimonio relativo á la infamia que resulta del quebrantamiento del luto, y diferente de cuanto hasta aquí hemos visto: me refiero á un texto de Paulo, lib. I, tít. 21, concebido en los siguientes términos:

§ 13. Parentes et filii majores *sex* annis *anno* lugeri *possunt*: minores *mense*: meritus decem mensibus: et *cognati* proximoris gradus octo: *Qui contra fuerit, infamium numero habetur.*

§ 14. Qui luget, abstinere debet á conviviis, ornamentis, purpura, et alba veste.

Cuando se examina el contenido del párrafo 13, no se encuentra casi nada que no esté en contradiccion con las enseñanzas más firmes y seguras, principalmente con el § 321 de los fragmentos del Vaticano, extracto de un comentario sobre el edicto del cual parece ser el autor Paulo; contradiccion tanto más notable, cuanto que el § 321 está confirmado por la ley de Numa, de la cual habla Plutarco. Desde luego, el *sex* annis, allí donde faltaria *decem*, se ha propuesto leerlo así; pero esto no es más que enmendar una parte del mal, pues el *anno* que habla de los diez meses para el marido, significa evidentemente doce. El

---

(*b*) L. 8 de his qui not. inf. (III, 2). «Sed cum tempus luctus continuum ut merito et ignoranti cedit ex die mortis mariti: et ideo si post legitimum tempus cognovit, Labeo ait, ipsa die et sumere eam lugubria et deponere.» Lo que Ulpiano dice aquí del texto, se aplica á la prohibicion temporal de un segundo matrimonio, y hé aquí lo que tenia presente. Por lo demás, en el texto citado, nota *a*, despues de las palabras *cum eum mortuum esse sciret*, hay que sobreentender *intra id tempus... moris est*, y despues de *sciret* una etc.; de otro modo llegaríamos á la consecuencia absurda de que el padre seria irreprochable si, en la época del segundo matrimonio, creia todavía vivo á su primer yerno.

(*c*) Bücker, Observ., C. I, continuacion á su Diss. de civ. et nat. temp. comput., C. I, Lugd. Batav. 1749.—Wenck. I, c. p. XXXIV-XXXVI ha explicado igualmente el punto.

párrafo 321 consigna tambien un *annus*; pero lo explica inmediatamente, y de un modo convincente, por el antiguo año de diez meses. El *possum*, que parece indicar el espacio más ámplio en la duracion del luto, está en contradiccion con la pena de infamia; el *mense*, en tanto para los hijos de menos de diez años el luto dura tantos meses como ellos tenian de años: hasta los tres años no hay sino un medio luto (sublugetur), y antes del año no existia ninguno. De los agnados, de los cuales no se ocupa el párrafo 320, ni el edicto tampoco, apenas se habla en el párrafo citado. Finalmente, la infamia declarada de una manera absoluta y sin distincion de sexo, en tanto que, en tales casos, esta pena no alcanzaba nunca á los hombres, y desde el tiempo de Paulo no se aplicaba tampoco á las mismas mujeres (núm. VIII) (*a*).

Dichas contradicciones serian otros tantos enigmas inexplicables, si fuera necesario admitir la autoridad del pretendido texto de Paulo, autoridad de cuya controversia se trata ahora. Comencemos por separar el § 14 del 13, que salvo la palabra *purpura*, que es indiferente, se encuentra en todos los manuscritos del Breviarium, y cuya autenticidad no es dudosa. Su contenido no presenta, de otra parte, ninguna dificultad, porque los detalles que da sobre el luto pudieran ser aún despues de la abolicion de la infamia, referidos como recuerdo de las antiguas costumbres. El § 13 no existe sino en el Codex Verontinus, manuscrito de Paulo que Cujas habia recibido de la ciudad de Besançon (*b*): desgraciadamente no nos dice si este manuscrito contenia solo á Paulo, lo que es poco probable, ó el Breviarium entero. Su autoridad, por lo demás, parece muy sospechosa, porque los textos publicados por primera vez segun este manuscrito, no se encontraban en ninguno de los numerosos, y en parte muy antiguos, manuscritos del Breviarium.

(*a*) Para resolver las dificultades que presentan las últimas palabras del texto, se han propuesto diversas correcciones: Hern. Cannegieter, Observ., p. 203, en lugar de «Infamium numero habetur,» propone leer «infamium numero ó habetur;» es decir, «non habetur.» Pero la abreviatura de *o* por *non* no se encuentra en parte alguna. Cannegieter, de notis, p. 350 corrige el *qui* contra fecerit en *quæ*. Bynkershock, Observ., V, 13 piensa que esto es una adicion de Aniano; pero no es bajo ningun concepto probable que en el reino de los visigodos se restableciera la infamia como pena por la no observancia del luto.

(*b*) Cujas habla por la primera vez de este manuscrito en el libro 21 de sus Observaciones (1579), y cita otros muchos nuevos. Dice á este propósito, cap. 13: Superiores sententias dedi ex libro vetustissimo sententiarum Pauli ad me Verontione perlato; y cap. 16: In optimo libro quem Verontio dedit civitas nobilissima mihique amicissima. Todas estas adiciones fueron insertas en el texto de Paulo por la primera vez, á continuacion del Codex Theodosianus. París, 1586.

Cuando se estiman estas condiciones exteriores y se examina el contenido tan extraordinario del párrafo 13, se puede afirmar que el Codex Verontinus es un antiguo texto trabajado de nuevo y desfigurado en una época que desconocemos, cuyos fragmentos no tienen ninguna autoridad desde el momento en que se hallan en contradiccion con otros testimonios enteramente ciertos.

XII.

Hagamos ahora algunas observaciones sobre la infamia de las prostitutas (quæstum corpore facientes). El edicto primitivo del pretor no las nombraba, pues no hablaba de las mujeres; pero la ley Julia las incluye en el número de las que no podian casar con los senadores ni sus descendientes varones (*a*), siendo muy probable, por más que no esté dicho expresamente, no pudiesen contraer tampoco matrimonio con los simples hombres libres.

Desde luego, la prostitucion era en cuanto á la deshonra enteramente asimilada al oficio de tercero y en este último caso la incapacidad de casarse un hombre libre entraba formalmente establecida (*b*). Además, la excepcion introducida en favor de las manumitidas que se habian prostituido como esclavas (*c*), supone necesariamente que en principio las prostitutas no podian contraer matrimonio con los hombres ingénuos. En esta materia no cabia duda en cuanto á los senadores, porque el matrimonio con las manumitidas, áun las más respetables, les estaba absolutamente prohibido.

Probablemente las prostitutas fueron incluidas en la lista de infames del edicto del pretor; pero desde la redaccion del Digesto hubieron de ser borradas como todas las mujeres en general.

(*a*) Ulpiano XIII, § 1. Cmp. Num II. Podria dudarse al ver que esta clase de mujeres no están incluidas en el texto de la ley citada literalmente en el Digesto, en donde se enumeran las mujeres que no pueden casarse con los senadores. (L. 44 pr. de ritu nupt. XXIII, 2). Pero no era aquí esto sino un capítulo de la L. Julia; y en el capítulo siguiente, del cual no hay extracto, quizá estuviesen incluidas. Ulpiano queria, por el contrario, hacer la enumeracion completa de las prohibiciones, pero sin emplear los términos de la ley. La prueba de que ella hablaba efectivamente de estas mujeres, la tenemos en la L. 43 de ritu nupt. (XXIII), tomada del comentario de Ulpiano sobre la ley Julia, y en donde explica lo que es necesario entender por *quæstum facere.*

(*b*) L. 43, § 6, de ritu nupt. (XXIII, 2): «Lenocinium facere *non minus est* quam corpore quartum exercere.» Limitándose el jurisconsulto á refutar á los que miraban el *lenocinium* como ménos vergonzoso que el *quæstus* propiamente dicho, nos prueba que la afrenta unida al *quæstus* estaba generalmente reconocida.

(*c*) L. 31, de his. qui not (III, 2). «Imp. Severus rescripsit, non offuisse mulieris famæ, quæstum ejus in servitute factum.»

XIII.

La tercería ejercida por un hombre se consideraba en el edicto primitivo como una causa de infamia, no habiendo entonces lugar á hablar de las mujeres que ejercian este oficio. La ley Julia prohibió á todos los hombres ingénuos el matrimonio con las mujeres dedicadas á él y con las manumitidas que tenian por patrono un hombre ó una mujer que consideraban la tercería como oficio (*a*). Los terceros no eran enumerados en las prohibiciones del matrimonio relativas á los senadores; pero la prohibicion resultaba de asimilar este oficio á la prostitucion (*b*), á consecuencia de lo cual hubo sin duda de insertarse este caso en el edicto sobre los infames.

Hé aquí algunos hechos sucedidos en tiempo de Tiberio y que revelan una profunda degradacion moral (*c*). Dos mujeres distinguidas hicieron gala abiertamente de terceras: «Ut ad evitandas legum pænas jure ac dignitate matronali exsolverentur.» ¿Qué ventajas encontraban en este envilecimiento? Desde luego podian casar con los esclavos manumitidos que desearan, constituyendo á sus ojos una ventaja que la ley Julia les habria rehusado (*d*); pero no era «ad evitandas legum pænas.» Además, si ellas no hubieran celebrado matrimonio, cesarian de estar sometidas á las penas de la ley Julia de adulteriis, porque el *stuprum*, llamado tambien *adulterium*, no era castigado sino cuando las mujeres habian conservado hasta entonces intacta su dignidad de matronas (*e*). Esto entraba sin duda en su prevision, porque fué necesario un senado-consulto especial para destruirles dicha evasiva (*f*). Finalmente, hallaban todavía la ventaja de hacerse incapaces, en el sentido de la ley Julia, para contraer matrimonio con un hombre ingenuo: dicha ley no podia castigarlas por celibato voluntario, pues ella misma era quien les prohibia el matrimonio con todo hombre, excepto los manumitidos. Un refinamiento tal de cálculo parece exagerado y,

---

(*a*) Ulpiano XIII, § 2, véase antes núm. II.—Es singular que en este caso sean infames las esclavas manumitidas, en tanto que no lo habrán sido si durante la esclavitud se hubieren prostituido por su propia cuenta. (núm. XII. c.)

(*b*) Véase núm. XII, *b*.

(*c*) Suetonio, Tiber. C. 35.

(*d*) La hija de un senador que por sí misma se deshonraba era siempre capaz para contraer matrimonio con un manumitido: la L. 47 de ritu nupt. (XXIII, 2) lo dice expresamente: «*impune* libertino nubit,» es decir, que evite las penas impuestas por la ley contra el celibato.

(*e*) L. 13, pr., § 2, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5).

(*f*) L. 10, § 2, ad L. Jul. de adut. (XLVIII, 5). «Mulier, quæ *evitandæ pœnæ adulterii gratia* lenocinium fecerit, aut operas suas in scenam locaverit, adulterii accusari damnarique ex senatus consulto potest.»

sin embargo, era una de las ventajas á las cuales Suetonio hacia alusion, porque se tomaron medidas para destruirla. Sueton., Domitianus, c. 8. «Probrosis teminis lecticæ usum ademit: *jusque capiendi legata hereditatesque.*» Hé aquí ahora el sentido natural del anterior pasage: «Las mujeres infames no podian alegar su infamia como pretexto de su obligado celibato, y además fueron declaradas incapaces para recibir sucesiones ni legados, como si su celibato hubiera sido voluntario.»

Refiérense á esta materia algunos textos del Digesto de ordinario mal comprendidos. En principio los célibes no podian recibir sucesiones ni legados quo les hubieren sido deferidos en el testamento de un soldado (*g*). Esta regla se aplicaba á las mujeres que, si se hubiera tratado de un testamento ordinario, no habrian encontrado en su conducta inmoral una defensa contra las penas del celibato. Sin embargo, en el caso en que la mujer hubiere mantenido relaciones deshonestas con el soldado (el testador), Adriano ordenó que entonces la incapacidad se extendiera tambien al testamento militar.

L. 41, § I de test. mil. (XXIX, 1). «Mulier, in quam *turpis suspicio cadere potest*, nec ex testamento militis *aliquid capere potest*, ut D. Hadrianus rescripsit.» Las disposiciones del rescripto se reconocen y quedan puestas fuera de toda duda en el texto siguiente:

L. 14, de his. qui ut ind. (XXXIV, 9). «Mulierem quæ strupo cognite *in contubernio militis fuit*..... non admitti ad testamentus juræ militiæ factum, et id quod relictum est ad fiscum pertinere, proxime tibi respondi.»

Se encuentra aquí en el derecho justinianeo un efecto del antiguo principio acerca de la incapacidad. Solo que como en otros muchos casos análogos (§ 41), estos textos, desprendidos del conjunto primitivo, toman en la legislacion de Justiniano una significacion nueva: así, lo que era originariamente incapacidad se convierte en indignidad, y el antiguo *caducum*, lo vemos cambiado en *ereptorium* (*ereptitium*, segun la fraseología moderna).

(*g*) Gayo II, § 3. V. L. 19, § 2, de castr. pec. (XLIX, 17). L. 5. C. de test. mil. (VI, 31).

APÉNDICE VIII.

DEL ERROR Y DE LA IGNORANCIA.

(§ CXV.)

Las fuentes más notables para el estudio de la materia son los títulos de juris et facti ignorancia, en el Digesto (XXII, 6) y en el Código (I, 18).

Los principales autores, son:

Cujas, observ. V, 39.

Cujas, recit. in Dig., XXII, 6; Opp., VII, 886-896.

Cujas, in Papin. quæst. XIX, ad L. 7, de j. et f. ignor.; Opp. IV, 502.

Cujas, in Papin. definit. I, ad L. 8, cod.; Opp., IV, 1429.

Donellus, I, 18-23.

Glück, t. XXII, p. 262-374.

C. F. van Maanen, de ignorantiæ et erroris natura et effectibus; Lugd. Bat., 1793.

Mühlenbruch, doctr. Pand., I, § 95, 96.

Mülhlenbruch, sobre la juris et facti ignorantia, Archiv., t. II, p. 361-451.

I.

Solemos no poseer en ocasiones la nocion exacta de una cosa, sea porque carecemos de toda idea acerca de la misma, sea porque la que poseemos es equivocada. En el primer caso hay ignorancia; en el segundo error. La apreciacion jurídica de ambos estados del espíritu es idéntica en absoluto, y podemos emplear desde luego una ú otra frase. Los jurisconsultos han adoptado la segunda, porque en lo que toca á

las relaciones de derecho, el error se presenta con mayor frecuencia que la simple ignorancia (*a*).

El juicio que se establece de dicho estado de conocimiento en el espíritu, se estima siempre respecto á la conciencia de aquel á quien la relacion de derecho afecta inmediatamente, y sin considerar para nada el interés, áun los más superiores, que pudiera tener otra persona (*b*).

En el error se distinguen dos clases: de hecho y de derecho. El error de derecho se refiere á una regla jurídica; es decir, al derecho objetivo (*c*); el error de hecho á las condiciones materiales que se exijen para la aplicacion de una regla de derecho. Se puede todavía distinguir la combinacion errónea de los hechos, á los cuales se aplica la regla, pero como las fuentes no reconocen sino dos especies de error, importa investigar á cuál de ellos se refiere especialmente este caso concreto. Si se considera su naturaleza íntima lo vemos como un error de hecho; porque ha de estimarse la regla como elemento dado, fijo é inmutable; más habremos tambien de combinar los diversos elementos que el hecho nos ofrece, sea analizando, sea sintetizando, y formar un todo al cual se aplique la regla. Además, ya porque suframos error en la percepcion inmediata de los hechos, ya en las combinaciones que formule el pensamiento, es siempre en la apreciacion del hecho en donde nos engañamos, y, constantemente, el error es un error de hecho. Resulta de aquí que el estudio profundo de este caso nos demuestra cae bajo los límites asignados al error de hecho y no en los pertenecientes á los errores de derecho. Veremos más adelante, en el número V, la confirmacion práctica de esta doctrina.

II.

La influencia jurídica del error responde á los hechos jurídicos, es decir, á las causas que determinan el principio y el fin de las relaciones de derecho; cuando estos hechos consisten, por tanto, en actos libres ó

(*a*) Acerca de la identidad esencial del error y la ignorancia, el § 115 y Donellus I, 19, § 5. El estado incompleto de conocimiento es en el fondo la ignorancia ó la falta de conocimiento exacto: el error es una modificacion de este estado, pero sin influencia particular alguna en el derecho.

(*b*) L. 5, h. t.; L. 3, quis ordo (XXXVIII, 15). V. Cujas, Opp. VIII, 888 et in Africanum tract. 8, ad L. 51 de ædil. ed. Heinnecius, ad L. Jul. p. 189. Glück, t. XXII, p. 306. Tambien más adelante, XXI, nota *vv*.

(*c*) Se encuentran L. I. pr., § I-4. h. t. muchos ejemplos del error de derecho. Es preciso distinguir del *jus ignorare el jus suum* ó de *jure suo ignorare*, es decir, el error sobre su derecho personal, pues, áun cuando se refiera á veces á errores de derecho, lo hace de ordinario á los de hecho. Véase acerca de esta frase L. 3, pr., h. t., y L. 2, § 7, de jure fisci (XLIX, 14).

en omisiones (*a*) y el error los ha influido, se pregunta si continuarán determinando el principio y el fin de la relacion jurídica, ó si sus consecuencias regulares, sin destruirse completamente, se hallan modificadas. Pero si el error anula ó disminuye la eficacia de los hechos jurídicos, algunas veces añade tambien valor á dicha eficacia, cuando un obstáculo que habria impedido la relacion de derecho, pierde, por causa del error, su fuerza dirimente. Todas las diferencias que preceden cabe reducirlas á un punto de vista comun, diciendo que el error es susceptible de modificar escepcionalmente las consecuencias regulares de los hechos jurídicos.

Dicha influencia del error se ejerce en efecto, y esto de dos modos diferentes: de ordinario resulta de la regla misma que exige un conocimiento exacto del estado de las cosas, como condicion inmediata para la formacion de la relacion de derecho, y, así considerado, el caso del error se excluye formalmente de la aplicacion de la regla (*b*). En ocasiones sucede, por el contrario, que este conocimiento exacto no es necesario ni exigido como condicion para que se constituya la relacion jurídica, no formando por esta razon parte integrante de la regla. Por lo demás, es innegable que el error modifica su aplicacion ordinaria y establece una excepcion ó fija al menos un motivo de excusa. En la teoría como en la práctica, los casos pertenecientes á la segunda especie son los únicos que piden, propiamente hablando, una investigacion y exámen especiales, pues los de la primera llevan en sí la razon suficiente de su decision. Sin embargo, conviene unirlos para su mejor y más acabado estudio.

La influencia del error sobre las relaciones de derecho tiene lugar, segun los diferentes casos, bajo las formas siguientes:

(*a*) Véase § 104, números I al III.

(*b*) Así, v. g., el edicto decia: «*Quæ dolo malo* facta esse discentur... judicium dabo.» L. 1, § 1 de dolo (IV, 3). La idea del dolo implica discernimiento é intencion, lo que á su vez excluye naturalmente el error. La fórmula para la institucion de heredero *cum cretione*, estaba concebida así: «Cernitoque in centum diebus proximis, quibus *scies* poterisque.» (Gayo II, § 165). El edicto empleaba el mismo lenguaje, porque para la *agnitio* de la B. P. fijaba un plazo de cien dias ó de un año (L. 1, § 1, h. t., L. 10 de B. P., XXXVII, 1). Así, el juez que hubiera decretado la pérdida de la B. P. con relacion á la ignorancia, habria quebrantado la letra del edicto de un modo tan arbitrario como si decretase la prescripcion á los 80 dias, en lugar de los 100. Del mismo modo ocurriria tambien que la infamia se decretaba contra el que casase conscientemente con una viuda antes de espirar el año del luto «(sciens... uxorem duxerit.» L. 1 de his qui not. III, 2). Así, el texto mismo de la ley, en el cual el matrimonio ha sido contraido por error. La fórmula *sciens dolo malo* se encuentra con mucha frecuencia en las leyes penales propiamente dichas. Véase Rudorff Zeitsch. f. gesch. Rechtswss, t. IX, p. 396.

1.° El error obra con frecuencia directamente porque impide la constitucion de una relacion jurídica. De este modo en todos los casos de la primera especie en donde el conocimiento exacto del estado de las cosas forma parte, como condicion, de la cosa misma, que es lo que resulta evidentemente de los ejemplos antes citados (nota *b*). Algunas veces, pero mucho más raras, se verifica lo propio en los casos de la segunda especie (*c*).

2.° Los casos en que el error no obra de un modo directo, sino por medio de instituciones especiales regularmente organizadas. Tales son muchas especies de condiciones y las acciones dadas por el edicto de los ediles. La *doli exceptio* se emplea tambien en el mismo sentido (*d*).

3.° El error en ciertos casos no obra sobre la relacion de derecho inmediatamente ni por medio de instituciones regulares, pero da lugar á la intervencion extraordinaria del magistrado que sentencia perentoriamente: tal es el referente á la restitucion. El mismo principio que crea la restitucion no ha sido puesto en duda nunca (*e*); pero el límite en que debe ser aplicada es una cuestion muy controvertida, porque muchos le dan, es decir, á la influencia del error, una extension exagerada, mientras que otros la limitan al extremo. Sin entrar aquí en los pormenores de la cuestion, señalaré, sin embargo, sus puntos principales. Esta especie de restitucion se aplica en la mayoría de los casos á los actos de procedimiento hechos ú omitidos imprudentemente, á los compromisos creados con un *falsus* tutor (*f*), á los casos diferentes de la prescripcion, separacion de patrimonio imprudentemente llevada á cabo por los acreedores de una sucesion, al caso en que un heredero hubiera olvidado la persecucion de los asesinos del testador, y sirve, finalmente, en muchas circunstancias para proteger á cierta clase de personas privilegiadas. (Números XXX-XXXIII) (*g*).

(*c*) El que prestaba á un *filiusfamilias* á quien juzga autorizado para creer *sui juris*, no estaba sometido á la *exceptio sc.* Maced., aun cuando el senadoconsulto no diga que el préstamo debiera ser hecho conscientemente. L. 3., pr. ad sc. Maced. (XIV, 6), relacionada con la L. 10 pr., eod.

(*d*) Si por ejemplo se hace un legado por una causa errónea. L. 72, § 6, de cond. (XXXV, 1).

(*e*) Paulo I, 7. § 2. «Integri restitutionem prætor tribuit ex his causis, quæ per... *justum errorem*... gesta esse dicuntur.» L. 2 de in int. rest. (IV, 1). «Sive per status mutationem aut *justum errorem*.»

(*f*) L. 1, § 6, quod falso XXVI, 7). El caso de restitucion por causa de error es el único del cual sepamos estuviese formalmente expresado en el edicto. La *clausula generalis* se aplicaba por inclusion á diferentes casos.

(*g*) La restriccion de la restitucion por causa de error está de acuerdo con Burchardi, Wiedereinsetzung in der vorigen Stand. § 21 y § 12, p. 184; solo Burchardi admite además todos los casos susceptibles de ser referidos á las reglas comunes del *damnum* y del *lucrum* (p. 385).

III.

Antes de enumerar los casos diferentes en los cuales la influencia del error se admite ó no, procuraré afirmar un principio superior y más general sobre el cual dicha influencia se funde. Encontramos desde luego á este respecto en muchos textos una regla que estableció la distincion entre los errores de hecho y de derecho, bien que estos dos casos se nos representen en la práctica (*a*) como indiferentes, ó ya que se diga especialmente, á propósito del error de derecho, que solo aprovecha al que le comete (*b*).

Pero desde el momento en que se pregunta por esta diferencia y su motivo, nos encontramos llevados á un principio superior que obliga á grandes limitaciones en el empleo de ambas reglas. En efecto, se da como motivo del favor concedido al error de hecho, que por su naturaleza es frecuentemente difícil de evitar, y aun á veces imposible (*c*); en donde se presenta desde luego esta restriccion muy natural, á saber, que parecido favor no debe concederse al que resulta culpable por una gran falta de negligencia (*d*). Para hacer de una manera segura la aplicacion de esta disposicion restrictiva, es necesario tener en cuenta las circunstancias particulares de cada especié. De ordinario el que sufre error en un asunto propio, ó con respecto á su capacidad de derecho, no puede hacerle valedero, porque implica una grave negligencia de su parte (*e*). No obstante que esto no puede tomarse en absoluto, porque un error parecido es alguna vez admisible, ya á causa de la po-

---

Mi opinion sobre este punto la expondré en el número VIII; no admito ninguna restitucion por causa de error mas que las que están formalmente expresadas en las fuentes.

(*a*) L. 2, h. t.: «In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia haberi debet.»... L. 9, pr. h. t.: «Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere...» L. 9, § 5, h. t.: «Sciant, ignorantiam facti, non juris prodesse...» L 8, h. t.; L. 29, § 1 mandati (XVII, 1); L. 11, § 4 de his qui not. (III, 2); C. 13 de reg. juris in VI.

(*b*) L. 7, h. t.; L. 2, C. h. t.

(*c*) L. 2, h. t.: «Cum... facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.»

(*d*) L 3, § 1: L. 6; L. 9, § 2, h. t.; L. 2, § 2 de interrog. (XI, 1); L. 3 pr. ad sc. Maced. (XIV, 6); L. 15, § 1 de contr. emt. (XVIII, 1); L 14, § 10; L. 55 de ædil. ed. (XXI, 1); L. 3, § 7, 8; L. 4 quod vi (XLIII, 24).

(*e*) L. 3 pr. h. t.; L. 6, 7 ad sc. Vell. (XVI, 1); L. 5, § 1 pro suo (XLI, 10); L. 42 de R. J. (L. 17).

sicion particular del sujeto (*f*), ya en razon de circunstancias especiales que concurren en el negocio (*g*).

De igual modo debe ser tratado el error de derecho menos favorablemente, pues el que le comete es tambien culpable de gran negligencia (*h*). En efecto, las reglas de derecho son claras y ciertas (*i*), y cada uno puede aprenderlas directamente ó recibir este conocimiento de labios de los jurisconsultos. Es verdad que en ocasiones la negligencia no se toma en cuenta, y entonces no cabe aplicar sus consecuencias; pero estos, se dice, son casos extremadamente raros (*k*).

Ambas reglas pueden referirse al principio general de que el error es inadmisible cuando resulta de una gran negligencia, ó si consideramos el asunto bajo otro punto de vista, el solo error válido es el que se puede llamar *justus* ó *probabilis error*, *justa ignorantia* (*l*); pero tal

---

(*f*) L. 2, § 7 de j. fisci (XLIX, 14): «Si ea persona sit, quæ ignorare propter rusticitatem vel propter sexum femininum jus suum possit.» Acerca del sentido de *jus suum*, véase número 1, nota *c*.

(*g*) La L. 1, § 2 h. t. cita un caso análogo. Si hay otros textos que sin entrar en otros pormenores admiten el error de un individuo respecto á sus propios actos, implican siempre la existencia de una excusa particular. Citaré como ejemplo las L. 22, pr.; 32, § 1; 3 de cond. in deb. (XII, 6).

(*h*) Todo debe referirse á la idea de *culpa*, la cual resalta claramente de los textos citados en la nota *d* y de la L. 29, § 1 mandati (XVII, 1). No se trata aquí como en esta investigacion de los efectos del error, segun las reglas generales del derecho, sino en relacion con la otra parte contratante. La *culpa* es evidentemente la circunstancia decisiva y, sin embargo, la resolucion tiene por base la diferencia entre el error de hecho y el de derecho. V. Glossa in L. 2, § 4 de his qui not. (III, 2), y Cujas Opp. IV, p. 508.

(*i*) L. 2 h. t.: «Cum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.»

(*k*) L. 10 de Bon. Poss. (XXXVII, 1); L. 2, § 5 quis ordo (XXXVIII, 15); L. 9, § 3 h. t.: «Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si juris consulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia: *quod raro accipiendum est.*» Las últimas palabras pueden entenderse de tres maneras. 1. Es difícil que se evite el error de derecho, lo cual es evidentemente falso y está en contradiccion con el conjunto de los textos. 2.º Es raro que la opinion de Labeon haya sido tenida por verdadera. Pero un tercer sentido aparece más sencillo y lógico: Paulo no combate el principio de Labeon, y sí determina su aplicacion tan solo. Labeon asienta indirectamente la regla de que aun el error de derecho podia ser invocado si se trataba de un caso difícil de evitar; Paulo, sin pretender destruir la proposicion, observa que este caso se presentará pocas veces, y por tanto, que la regla tiene escasa importancia práctica.

(*l*) Sobre la última frase, V. L. II, § 10 de interrogat. (XI, I); L. 42, de R. J. (L. 17); L. 25, pr. de prob. (XXII, 3); además de los textos citados núm. II nota *e*; en cuanto al *probabilis error*, L. 5, § 1, pro suo (XLI, 10). El principio aquí asentado lo reconoce en general Mühlenbruch, Archiv, t. II, p. 383.

principio presenta una diferencia en su aplicacion: para el error de derecho existe una presuncion de negligencia; para el de hecho la negligencia ha de ser probada, teniendo presente que la presuncion referente al primero no puede destruirla más que la existencia de circunstancias extraordinarias. Por esto ambos casos de error están sometidos á una misma regla, si bien la obligacion de la prueba es diferente. Todavía se puede ir aun más léjos y decir que para el error de derecho es más difícil admitir, no solo la falta de negligencia, sino la existencia misma del error que para el de hecho, punto este último que tiene grande importancia; porque el error, como todo hecho intelectual, es pocas veces susceptible de prueba completa por los medios ordinarios.

IV.

Habiendo hablado antes del criterio con que generalmente se juzga la opinion desfavorable que halla el error de derecho, trataré la cuestion bajo el punto de vista que ofrecen ciertos pormenores. Dicho criterio, ya admitido por el derecho romano, debe serlo con mayor motivo por el derecho moderno; en efecto, esta opinion desfavorable supone que el error descansa en una regla de derecho reconocida generalmente como cierta. De otro modo no se podria atribuir al que se engaña una gran negligencia, así como tambien los numerosos ejemplos que las fuentes nos ofrecen se refieren todos á reglas que tienen el mismo carácter de evidencia (*a*). De aquí se deduce que tal disfavor debe cesar en los dos casos siguientes: primero, cuando la regla es objeto de controversia, por ejemplo, si un principio dividia á las dos sectas de jurisconsultos, el juez que tenia para un error de derecho la opinion de una de las partes, no podia, sin embargo, condenar la negligencia informándose del derecho, porque las *diversæ scolæ auctores* eran tambien jurisconsultos. Segundo, cuando la regla pertenecia al derecho particular; porque el conocimiento de este derecho estaba ménos extendido y era menos asequible que el del general, sobre todo, si el derecho local era una costumbre cuya existencia es siempre más difícil de probar que la de una ley (*b*). Una vez admitidas ambas restricciones, debemos ahora tratar del error en el derecho moderno, con-

---

(*a*) L. I, § I-4; L. 25, § 6, de her. pet. (V, 3); L. 10 de Bon. Poss. (XXXVII, 1); L. 31, pr. de usurp. (XLI, 3); L. 2, § 15, pro emt. (XLI, 4).

(*b*) Nada hay que objetar contra la distincion entre la ley y la costumbre respecto á la apreciacion del error de derecho; pero no llevan razon los autores que miran el error sobre el derecho consuetudinario como error de hecho y no de derecho. Puchta Gewohnheitsrech II, página 217-220.

siderándolo ménos rigurosamente que lo hicieron los jurisconsultos romanos. En efecto, en el estado actual de la civilizacion y de la ciencia, las cuestiones controvertidas son mucho más numerosas que en la época romana, ocupando el derecho particular en Alemania un lugar más importante que entre los romanos; además, el error acerca de este derecho se declara excusable de una manera formal en un texto del derecho canónico (*c*). Reclamar una lenidad parecida no es prescindir de los principios del derecho romano, sino aplicarles segun su espíritu ó circunstancias diferentes, y el aplicado como hecho por Paulo: *quod raro accipiendum est* (Número III, *k*), se modifica por sí á causa de este ligero cambio: *quod minus raro hodie accipiendum est.*

V.

Los pormenores que acabo de exponer con ocasion del error de derecho, confirman el resultado práctico anunciado antes (Número I), á saber: que referir falsamente un caso á una regla constituye un error de hecho y no de derecho. Relacionar la especie á la regla, si es sencilla, es fácil que se cometa un error; pero tratándose de especies complicadas, esta relacion se hace frecuentemente muy delicada, tanto que personas de una misma ilustracion jurídica juzgarán la especie de muy distinta manera. Habria, pues, arbitrariedad é injusticia si, no contentos con negar la razon á aquél á quien se le negaba el juicio, se le acusara además culpable de gran negligencia, como si le hubiera sido fácil inquirir la verdad. La célebre ley *frater a fratre* (C. 38, de cond. indebiti) se refiere á un caso de tal modo complicado que jurisconsultos famosos, solo por el modo de fijar los hechos, han venido á parar en las opiniones más contradictorias. Supongamos un acto jurídico fundado en la falsa interpretacion de este texto: ¿veríamos aquí una negligencia inexcusable y defenderíamos al que así se ha engañado para que su error le sirviera de excepcion? Los romanos opinaban de otro modo, porqué aún cuando tratasen del error de derecho con extremado rigor y no lo admitiesen nunca como motivo de la *condictio indebiti.* Africano la admite en este punto sin vacilar, fundándose evidentemente en el principio de que un deudor que paga á su hermano ignorando que no se da clara cuenta en medio de las complicaciones de esta relacion jurídica, comete un error bien diferente del en que caeria

---

(*c*) C. I. de Constitut., in VI (I 2): «Romanus pontifex... locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuto, cum sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare.» Lo que aquí se concede al Papa deberia concederse seguramente á cualquiera.

respecto á una simple regla fácil de comprender ó de hacérsela explicar por otro (*a*).

Por lo demás, cuanto acabo de decir se aplica únicamente al error tomado en sí: si, pues, el fraude de una de las partes se combina con el error de la otra, hay lugar á aplicar las reglas sobre el fraude y no las del error, importando poco entonces que este resulte de la negligencia ó sea un error jurídico. Vemos, por lo tanto, que es indiferente que el error provocado por el fraude sea de hecho ó de derecho.

VI.

Aún cuando hayamos referido á una regla comun las especies sobre el error de hecho y de derecho, esto no nos ofrece un principio positivo, es decir, que nos permita apreciar la influencia del error en cada caso particular. El que, por ejemplo, compra demasiado caro ó vende muy barato, no encuentra proteccion contra tal perjuicio, sea el error de hecho ó de derecho, excusable ó inexcusable. Por el contrario, lo que se paga sin deberse está sujeto á repeticion, con tal que el pago resulte de un error de hecho; esta distincion, y en general las consecuencias del error, no se incluyen en la regla antes expuesta, la cual no tiene más que una significacion negativa. Aún en los casos en que el error ejerce influencia por su naturaleza, dicha influencia cesa si el error resulta de una gran negligencia, y tal sucede de ordinario al error de derecho. Si de otra parte no podemos hallar un principio positivo, habrá que tomar como punto de partida las proposiciones siguientes: el error en sí no tiene ninguna influencia sobre los actos jurídicos ni dá lugar tampoco á ninguna reparacion del perjuicio que de él resulta. Hay diferentes casos particulares en donde se admite su influencia, pero siempre segun algun motivo especial: aun en el caso de esta última clase el error pierde su influencia si descansa en la negligencia. Para el error de derecho hay en general presuncion de negligencia: para el de hecho debe ser probado en todo caso.

Queda que recorrer la variedad de clases de hechos jurídicos y apreciar la influencia del error en cada uno de ellos. Pero como en apariencia se encuentran en las fuentes del derecho romano principios positivos, debo, para justificar el método que sigo, comenzar por comprobarlos.

(*a*) Mühlenbruch p. 423 supone la existencia de un error de derecho, sirviéndose de este argumento para probar que en cuanto á la *condictio indebiti* el error de derecho no daña.

VII.

He aquí ante todo los textos que parecen asentar como principio absoluto que lavoluntad determinada por el error no es tal voluntad, y desde este momento que no se le debe considerar como si lo fuere en efecto: «... cum non consecutiant qui errent. Quid enim tam contrarium consensui est quam error qui imperitiam detegit?»

L. 15 de jurisd. (II.I).

«error enim litigatorum non habet consensum.»

L. 2, pr. de jud. (V,I).

«nulla enim voluntas errantis est.»

L. 20, de aqua pluv. (XXXIX, 3).

«Non videntur, qui errant, consentire».

L. 116, § 2, de R. J. (L. 17).

«cum errantis voluntas nulla sit.»

L. 8, C. h. t.

«cum nullus sit errantis consensus.»

L. 9, C. h t.

Esta proposicion, si fuese verdadera, tendria la más alta importancia, dándonos á conocer un principio positivo y perentorio sobre la eficacia del error, pero por desgracia todo concurre á presentárnosla como falsa. Tenemos una prueba decisiva en la teoría del *dolus* tan brillantemente elaborada por el derecho romano. Si el error en si bastaba para excluir en absoluto la existencia de la voluntad, y por consecuencia sus efectos, todo contrato determinado por el error seria nulo, siendo indiferente que el error proviniera ó no del fraude. Sin embargo, el derecho romano considera la existencia de este como una circunstancia importante y decisiva. Aun en este mismo caso no declara nulo el contrato, pero le arrebata sus efectos valiéndose de un medio indirecto, la *doli exceptio*. Implica cuanto antecede que el error en sí no excluye la voluntad ni sus efectos, y que el contrato determinado por un simple error es valido y firme.

La contradiccion aparente que ofrecen los textos citados desapareceria si no se les tomara aisladamente, como la expresion de una regla general y sí en sus relaciones con todo lo que les rodea, como tambien con otros textos análogos Cada uno de ellos significa tan solo que en ciertos casos dados y bajo determinadas condiciones, el acto influido por el error no produjo efecto. Expondré más adelante, siguiendo la investigacion, las condiciones especiales de los diferentes casos; hasta aquí me basta haber mostrado que los textos dichos no contienen principio positivo alguno sobre la teoría del error.

VIII.

Hé aquí otro principio más generalmente admitido como positivo por los autores modernos: el error de hecho puede ser invocado sin distincion si se trata de realizar un beneficio ó de evitar una pérdida; el error de derecho puede invocarse solo en el último caso y de ningun modo en el primero. Esta regla parece asentarse claramente en dos textos que, cosa notable, pertenecen ambos á Papiniano.

L. 7, h. t. «Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.»

L. 8, h. t. «Error facti ne maribus quidam in damnis vel comprendiis abest: ceterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.»

Encontramos todavía en otro texto una proposicion incidental que parece referirse al principio de Papiniano:

L. 11, C. h. t. «Quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat...»

Pero desde el momento en que se procura hacer uso del pretendido principio, se le halla en contradiccion con las decisiones especiales más formales, y además inaplicable por su falta de fijeza. La primera de dichas afirmaciones, la más decisiva por su naturaleza, no podemos justificarla por completo hasta terminar la investigacion, cuando hubiera demostrado la influencia del error sobre las diferentes relaciones jurídicas, limitándome por tanto á ofrecer aquí consideraciones generales en apoyo de lo que doy como una anticipacion. Hemos encontrado en las fuentes del derecho como principio fundamental que el error, para ser invocado útilmente, debia ser excusable, y que el derecho, salvo muy pocas excepciones, no lo era (número III): ahora bien; si el error de derecho puede invocarse siempre para evitar una pérdida real, ambos principios son contradictorios. Además, uno de los casos más importantes del error en la vida ordinaria es aquel que nos lleva á sufrir una pérdida por la falta de apreciacion segura en el valor de una cosa determinada, por ejemplo, si compramos ó arrendamos muy caro, si vendemos ó damos en arrendamiento muy barato. Esto constituye siempre un error de hecho que, segun la doctrina de Papiniano, deberia servir para rechazar el daño; mientras que de otra parte todo el mundo se pone de acuerdo para reconocer que en un caso tan comun é importante no puede invocarse el error.

Los jurisconsultos modernos han procurado destruir dichas objeciones por medio de distinciones extremadamente sutiles; por ejemplo, los jurisconsultos romanos para designar los casos en que el error puede ser invocado válidamente, emplean indistintamente las si-

guientes frases: *prodest, non obest, non nocet, permissunt est subvenitur*; y para los casos contrarios, *non prodest, obest, nocet detrimento est* (*a*). Segun opinion de muchos autores modernos, cada uua de las expresiones citadas responde á un matiz distinto de ideas (*b*). Tambien se encuentra una vez la frase *in damnis amittendæ rei sum* (L. 8, h. t.); más adelante se pretende fundar entre el damnum rei *amittendæ* y *amisse* una distincion que domina toda la materia (*c*). Una interpretacion tan arbitraria y desprovista de crítica podria, á lo sumo, acreditarse por la evidencia y la sencillez de sus resultados, y precisamente esto es lo que de ningun modo se encuentra en los autores. No podriamos, pues, hacer nada mejor que abandonar este principio, al cual las hipótiseis y las restricciones más arbitrarias dan sólo una apariencia real, principio que llena inútilmente de confusion una teoría cuya aplicacion á las diferentes instituciones no halla en general oscuridad ni incertidumbre algunas (*d*). Procediendo de este modo, no vamos contra las fuentes, sino que nos atenemos tan sólo á sus decisiones ciertas, considerando á su vez los textos citados como una tentativa desgraciada de generalizacion. Por lo demás, esta crítica no se dirige contra Papiniano, sino contra sus compiladores: si tuviéramos las obras originales de las cuales se han tomado los textos, veríamos con que género de restricciones Papiniano se habia atrevido á asentar tales proposiciones (*e*). Separadas de su conjunto ofrecen un carácter de generalidad que no podemos admitir como verdadero. Independientemente de la mutilacion que estos textos han experimentado al pasar al Digesto, deberíamos seguir la regla general de interpretacion de que allí en donde los principios abstractos asentados por los jurisconsultos, se encuentran en contradiccion con decisiones concretas no dudosas, la preferencia debe ser de éstas (§ 44).

(*a*) L. 7, 8, h. t. relacionadas con la L. 9, pr., § 3, h. t. en donde estas expresiones se emplean indiferentemente la una por la otra.

(*b*) Cujas, obs. V. 39, et Opp. VII, p. 890.

(*c*) Donellus. I, 21, § 14—20, I, 22, § I, 2.

(*d*) Esta doctrina es conforme en su generalidad á la de Mühlenbruch, p. 413-416; pero este autor se muestra inconsecuente queriendo salvar una parte del principio que en su conjunto rechaza. y pretende que el error de derecho no es admisible en el caso del *lucrum*. Tanto la modificacion como el principio mismo no se justifican.

(*e*) No pretendo que las distinciones en los textos de Papiniano sean falsas, pero sí que sólo tienen una verdad relativa. En el estado actual de los textos no podemos determinar con certeza qué casos particulares habia tenido Papiniano presente. lo cual se veria fácilmente observando el original completo. Probablemente este jurisconsulto hablaba de los efectos del error, no en general, sino respecto á ciertas clases privilegiadas, ó quizá sólo á las mujeres. Citaré más pormenores antes de concluir el párrafo.

Pero á fin de responder cumplidamente á la acusacion de interpretar arbitrariamente las fuentes, añadiré las siguientes consideraciones. El procedimiento aquí empleado no difiere esencialmente del que nos ha servido para rechazar la falsa apariencia del primer principio (Número VII) Si en este caso la mayor parte de los autores han admitido la legitimidad del procedimiento expresa ó implícitamente, no se les puede rehusar sin inconsecuencia su aplicacion respecto al segundo principio. Además, el resultado de nuestra investigacion se limita á rechazar como regla general la distincion entre el *lucrum* y el *damnum* establecida por los textos citados, los cuales expresan, de otra parte, que la diferencia bien conocida entre el error de hecho y el de derecho concuerda con los numerosos textos que establecen dicha distincion (Núm. III. nota *a*). Entre los últimos hay uno que se hallaria en contradiccion con los textos de Papiniano, si no le negaramos la autoridad de principio absoluto *(f)*.

Finalmente, vuelvo á la asercion ya anotada de que el pretendido principio que contienen los textos de Papiniano no podria seguramente explicarse vista su falta de precision; en efecto, la cuestion de saber si el perjuicio producido por error consiste en la falta de un beneficio ó en una pérdida real, depende frecuentemente del punto de vista bajo el cual consideramos el acto jurídico, y como el principio no determina de ningun modo dicho punto de vista, el resultado definitivo queda siempre incierto. El que, por ejemplo, emplea la *condictio indebiti* quiere obtener una ganancia con relacion al momento de su demanda, porque la suma pagada no formaba parte ya de sus bienes y el pago le habia hecho más pobre: respecto á la época que precede al pago, quiere evitar una pérdida. Esta ó la ganancia, dependen, pues, del momento en el cual se atiende al estado de los bienes, antes ó despues del pago (*g*)

(*f*) L, 9, pr. h. t: «Regula est, juris quidem ignorantiam *cuique* nocere, facti vero ignorantiam non nocere.» Aquí el perjuicio, resultado del error de derecho, se expresa de una manera absoluta, sin distinguir entre una pérdida positiva ó un beneficio que no tiene lugar.

(*g*) Así se explica la distincion sutil de Doneau entre el *damnum rei amittendæ* et *amisse*. Höpfner. Institutionem commentar. § 954, admite que el caso de la *condictio indebiti*: el demandante desea generalmente evitar una pérdida, y algunas veces tambien obtener un beneficio, notablemente cuando un heredero testamentario, despues de haber pagado los legados sin retener la falcidia, reclama el exceso indebidamente pagado, porque esta retencion es un puro beneficio. Así Höpfner retrasa todavía más la época del precio, es decir, que lo coloca anteriormente á la adquisicion de la herencia, y, desde luego, entonces toda la herencia, del mismo modo que la cuarta falcidia aparecia como un puro beneficio: ó bien anteriormente á la ley falcidia que concedió á los herederos la eleccion en su beneficio exclusivo. En donde vemos mejor aún, que esta distincion se presta á las aplicaciones más arbitrarias, y no puede, sin embargo, servirnos de regla segura.

El que efectúa una usucapion bien puede no hacerse más rico, porque de ordinario este acto no tiene más resultado que el importante para la práctica de suplir la falta de prueba respecto á una propiedad ya existente; pero el que adquiere la propiedad en virtud de la usucapion, no se enriquece más con esta propiedad sino con relacion al momento que precedió al acto, y si nos referimos á una época anterior, á lo más podria suceder que se evitaria la pérdida que él habria sufrido si comprada la cosa á un tercero el vendedor no se hallara en estado de indemnizarle por la eviccion. El que comprando demasiado caro quiere deshacer el contrato, demanda para evitar una pérdida si se consideran dichos bienes anteriores al contrato; si no se les atiende más que en el momento actual lo que él procura es enriquecerse, porque el daño se ha consumado ya por la obligacion contraida y no por el pago de la suma. Así, pues, siendo susceptible el principio de aplicaciones completamente opuestas, no podria servirnos de regla segura, sin mencionar su contradiccion con decisiones particulares nada equívocas.

No quiero decir que la idea del *lucrum* sea siempre vaga y poco susceptible de aplicarse á las materias de derecho. Cuando un acto jurídico tiene por fin determinado enriquecer á una de las partes (la donacion) el *lucri animus* es una condicion especial y esencialísima de un acto de esta clase; pero tambien el acto mismo nos da en una época fija el aumento ó disminucion de los bienes; la falta de esta circunstancia es precisamente la que hace tan inútil la aplicacion del pretendido principio sobre el error.

La última observacion nos lleva á precisar nuestras conjeturas sobre el texto primitivo de Papiniano y sobre la interpretacion de que ha sido objeto. Procede la confusion de que este jurisconsulto parece ha querido dar una clasificacion completa, por medio de la cual se pudiera siempre reconocer si el error podia ser útilmente invocado ó no. Bajo dicha forma general, los textos de Papiniano nos dan resultados completamente falsos ó equívocos, es decir, que no ofrecen resultado alguno; pero en realidad Papiniano no hablaba del error en general, sino del de las mujeres solo. Tenian estas en su tiempo el privilegio de poder invocar hasta el error de derecho en todos los casos en donde la influencia del error era admitida, excepto en las donaciones, es decir, no todos los actos que tienen por objeto enriquecer á una de las partes, sino aquellos en que la voluntad comun de los contratantes tiene especialmente por fin enriquecer á una sola de las partes. Desde este momento la palabra *lucrum* tenia un sentido enteramente preciso; en cuanto al de la frase *damnum* no sabríamos determinarlo, pero no es dudoso que Papiniano hablaba de las mujeres, pues así resulta claramente de las expresiones de los textos. Los compiladores se vieron obligados á generalizar este pasaje, porque en su consecuencia el privilegio de las mujeres se encontró limitado y su condicion fué casi asimilada á la de los hombres (Núm. XXXI). Hé aquí como la inadverten-

cia de los compiladores ha dado á estos textos la falsa apariencia de un principio general acerca de la eficacia del error.

Hasta aquí tengo presente esta explicacion como una hipótesis razonable propia para dar una solucion satisfactoria á la dificultad; pero dicha hipótesis lleva consigo un valor histórico ó una constitucion imperial, de la cual ya he hablado, y en donde se ve á los compiladores seguir el mismo procedimiento que respecto á los textos de Papiniano. Es una ley de Constantino, L. 3, C. Th., de ponsal. (III, 5). «*Quamvis in lucro nec feminis ignorantibus subvenire soleat, contra ætatem adhuc imperfectum locum hoc non habere, retro principum statuta declarant.* Ne igitur soluta matrimonii caritate inhumanum aliquid statuatur, censemus, si futuris conjungibus tempore nuptiarum intra ætatem constitutis res fuerint donatæ et traditæ, non ideo posse eas revocari, quia actis consignare donationem quondam maritus voluit.» Todo lo no impreso en caractéres cursivos está reproducido literalmente, salvo la adicion insignificante de la palabra *attamen*, en la L. II, t. del Código de Justiniano. Se vé claramente segun el fragmento suprimido que *lucrum* significa aquí la donacion y no la mitad de los actos jurídicos en general, que es la cuestion de ciertas clases de personas privilegiadas, y que en materia de donaciones se concede á las menores un favor rehusado á las mujeres. La supresion de la parte concreta ha dado á la ley del Código el mismo carácter abstracto que á los textos de Papiniano. Además, como tenemos á la vista la supresion hecha en el Código, el supuesto de que el texto del Digesto tiene un mismo orígen, encuentra en esta analogía un fundamento histórico.

IX.

Una vez rechazados estos dos pretendidos principios, sigo el plan antes trazado (Núm. VI), y pasando nuestra consideracion por las diferentes clases de hechos jurídicos, señalaré aquellos cuyos efectos regulares son modificados por la influencia del error, y para abrazar mejor en su conjunto esta investigacion, doy aquí un sumario cuadro de su contenido:

I. Hechos positivos.

1. Actos jurídicos *inter vivos*:

A. Eficacia considerada en sí.

a. Manifestacion formal de la voluntad (Núm. X, XI).

b. Manifestacion tácita de la voluntad (Núm. XII).

B. Causas de nulidad que pueden destruir el error:

a. En el orígen del acto (Núm. XIII).

b. Posterior al acto (Núm. XIV, XVI).

2. Actos que caen dentro del dominio del derecho de sucesion (Núm. XVII, XVIII).

3. Actos de procedimiento (Núm. XIX).
4. Delitos y cuasi delitos (Núm. XX, XXIII).
II. Hechos negativos (omisiones) (Núm. XXIV, XXIX).

X.

Las materias más importantes y numerosas sobre las cuales el error podria ejercer su influencia, serian las transacciones comerciales ordinarias y especialmente los contratos, comprendiendo los contratos obligatorios y la tradicion que, por su naturaleza, lo es tambien. Pero aquí el error sea de hecho ó de derecho, excusable ó no, no tiene en principio ninguna influencia: así, pues, la venta determinada por el error es firme; la tradicion, resultado de un error, es perfecta. El único medio de proteger al comercio contra la arbitrariedad y una incertidumbre sin límites, era quitar en tal materia toda influencia al error, fuera la que fuese la forma en que dicha influencia se mostrara (Núm. II). Así el contrato determinado por el error, no es nulo en sí y no se le podria atacar ni por una demanda ordinaria ni por medio de la restitucion *(a)*.

Este principio es igualmente verdadero, sea que el error caiga sobre el valor ó sobre las cualidades de la cosa, caso el más frecuente, sea que afecte nuestros derechos á la cosa. Si, pues, atribuimos falsamente á Ticio la propiedad de una cosa que me pertenece y que enajeno como mandatario del mismo, la enajenacion no es ménos obligatoria para mí (*b*). Este principio es válido aún no solo en el sentido de que el que es víctima del error, no puede prevalerse de ello para rehuir el daño que le causa un contrato, sino tambien en el sentido de que nos aprovecháramos de un contrato válido en sí, aun cuando nos hubiéramos equivocado acerca de su validez. Si, pues, un propietario nos hace la entrega de la cosa, adquirimos la propiedad, aun cuando ignoráramos su condicion de tal propietario (*c*).

Este principio importante debe ser puesto al abrigo de toda obje-

---

(a) El principio fundamental que asiento aquí, ha sido ya establecido y defendido contra los ataques de muchos autores por Thibaut, Versuche, t. II Abhandlung, IV, núm. II.

(b) L. 49, § 1, mandati (XVII, 1) que parece contradicha por la L. 35 de adqu. rer. dom. (XLI, 1); pero esta última ley se aplica á la confusion de dos cosas diferentes con respecto á la tradiccion (error in corpore). V. Thibaut Versuche, t. II, p. 107.

(*c*) L. 9, § 4, h. t. (Herald. obs. C. 35. corrige *ementis* en lugar de *mentis*. correccion que da un sentido racional, pero que no es necesaria). Es aquí indudable que el que recibe la cosa es *in mala fide*, lo que impediria la usucapion, pero la mala fé no impide el efecto directo de la tradicion hecha por el verdadero propietario y que no ha necesitado de la usucapion para ser completa.

cion. Resulta desde luego de la naturaleza de la voluntad libre cuya existencia y eficacia son de todo punto independientes de los motivos verdaderos ó falsos que le han determinado, encontrándose igualmente confirmado por el análisis filosófico de la libertad (Sistema § 115) y por las disposiciones del derecho romano, aun cuando ciertos textos parezcan decir lo contrario. Está tambien implícitamente establecido por diversas intituciones muy importantes del derecho romano que sin él serian imposibles. Citaré ante todo la teoría del *modus*, del cual ya he hecho uso (Núm. VII), las excepciones mismas que del principio voy á exponer detalladamente despues, las acciones edilicias y las condiciones. Cómo se explica su utilidad y su carácter excepcional tan frecuentemente pronunciado, á ménos de admitir nuestro principio como una regla reconocida generalmente y por encima de toda discusion? Por último, hé aquí muchas decisiones particulares del derecho romano que vienen á confirmarlo.

1.° El que hace una donacion con el fin de recompensar servicios que no le han sido prestados, no puede, á pesar de su error, tomar de nuevo la cosa donada (*d*).

2.° Si se compran objetos al peso y un tercero facilita, sabiéndolo, valanzas falsas, la parte engañada puede reclamar segun la regla la ejecucion leal del trato y reparar de este modo el daño que ha sufrido. Pero si los pesos han sido designados especialmente en el contrato, la parte lesionada no tiene otro recurso que la *actio doli* contra el autor del fraude (*e*). Resulta de aquí, necesariamente, que á pesar del error el contrato en sí no tiene tacha, porque la *actio doli* no se admitía nunca sino en tanto que estaba negado todo otro recurso para reparar el daño, bien fuera una accion ó una excepcion dirigidas contra el autor del fraude ó contra un tercero (*f*).

3.° El acreedor que, por el fraude de su deudor, consiente una aceptilacion, tiene contra su deudor la *actio doli* (*g*); en donde se vé que á pesar de su error la aceptilacion es válida, porque de otro modo la *actio doli* seria supérflua y por tanto inadmisible (nota *g*).

XI.

Sufre nuestro principio dos excepciones, sin embargo, notables;

(*d*) L. 65, § 2, de cond. indeb. (XII, 6).
(*e*) L. 18, § 3, de dolo (IV, 3).
(*f*) L. I. § 4, 8; L. 2, 7, dolo (IV, 3).
(*g*) L. 38, de dolo (IV, 3).

hay dos casos en que el acto jurídico determinado por un error puede ser atacado en virtud de acciones especiales (*a*).

El primero de ellos se refiere á las acciones edilicias. El que ha comprado una cosa que tenia varias faltas ocultas, especialmente determinadas, puede, á su eleccion, pedir la rescision de la venta ó una disminucion de precio, y esto solo en virtud de su error, y bien que el vicio de la cosa fuera ignorado ó no del vendedor (*b*).

No tengo para qué examinar aquí en todos sus pormenores esta materia, y sí tan solo en sus relaciones con el error, apareciéndonos como una excepcion positivas de la regla de que el error no ejerce ninguna influencia sobre la validez de los contratos. Dicho carácter de excepcion positiva se reconoce por una multitud de signos: la exclusion de las acciones ordinarias, la introduccion de una accion especial sometida á una prescripcion particular y muy corta, las condiciones aun de hecho arbitrariamente fijadas para el ejercicio de esta accion (*vitium et morbus*), Pero aquí se vé todavía el principio negativo antes asentado (Núm. VII); las acciones edilicias cesan allí en donde el error es el resultado de una gran negligencia (*c*).

El segundo caso exceptuado y mucho más importante, se refiere á las condiciones (*d*). Aquí se supone todavía un acto jurídico válido en

---

(*a*) Es necesario no comprender entre los casos exceptuados el del fraude, porque entonces el error deja de obrar como tal y el fraude engendra relaciones especiales de derecho (Sistema § 115). No se debe tampoco asimilar este caso al de la rescision de la venta por la *læsio ultra dimidium*, porque si el error sobre el valor verdadero de la cosa puede haber determinado al vendedor, puede éste tambien haber cedido á una necesidad de dinero, de la cual á su vez habia abusado el comprador usurariamente y entonces el error para nada figura en la venta.

(*b*) Bajo esta relacion no se pueden asimilar las acciones edilicias á la dada como garantía contra la eviccion, bien que esta implique un error (L. 27, C. de evict., VIII, 45). Porque aquí el motivo de la accion no es el error, sino la falta de ejecucion de las condiciones de la venta (L. 3. § II, act. emt. XIX, I; C. 8, de evict. XXI, 2), y el error figura en este sentido, que si el adquirente hubiera conocido el derecho del tercero, perdería su recurso contra el vendedor. Tambien entre los jurisconsultos romanos la garantía de la eviccion no era. como las prescripciones del edil, una regla de derecho positivo, sino una consecuencia natural de la venta. que se podria ejercer por medio de la *actio emti*, la cual no daba al comprador ningun recurso en el caso de *vitium* ó de *morbus*.

(*c*) L. 14, § 10, ædil. ad. (XXI, I): «Si... talis tamen morbus, qui omnibus potuit apparere... ejus nomine non teneri Cœlilius ait... ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum ædilium probandum est quæ quis ignoravit, vel ignorare potuit.» Estas últimas palabras se explican por las que preceden; el error debe existir de hecho ó ser fácil de comprender dada la naturaleza oculta del vicio en la cosa. Por lo demás se comprende, y esto se expresa antes, que el error. aun probado, si resulta de una gran negligencia no se toma en consideracion.

sí, y que solo en razon del error puede ser combatido en virtud de una accion especial. Pero se supone que el acto se ha efectuado á consecuencia de una *causa* jurídica, y que el error cae precisamente sobre dicha *causa* jurídica, no sobre las ventajas ó perjuicios que, de hecho, pueden resultar del acto *(e)*. El hecho jurídico puede tener por objeto una prestacion, por ejemplo, un pago ó un contrato obligatorio: en el primer caso la restitucion tiende á exigir la suma pagada *(f)*; en el segundo á liberar la obligacíon contraida, cuya liberacion puede verificarse, no solo por medio de la condicion, sino, y esto es más sencillo, por una excepcíon contra la demanda del acreedor, exigiendo la ejecucion del contrato *(g)*.

Lo que he dicho de las acciones edilicias se aplica aquí con mayor razon; no entra en mi ánimo desarrollar esta importante parte del derecho de obligaciones, solo queria demostrar cómo las condiciones se refieren á la teoría del error, y, bajo esta relacion, no tendria que ocuparme casi de la *condictio indebiti*, porque es la más importante de todas, la que más frecuentemente se presenta, y aquella, por último, que más han llegado á profundizar en su estudio los jurisconsultos romanos. Voy, pues, á hablar del error, ocupándome exclusivamente de sus

---

(d) Empleo aquí para mayor precision esta frase general, no obstante que han de eliminarse: 1.°, las condiciones que derivan de los contratos, el préstamo y la estipulacion: 2.°, las condiciones anormales en las cuales no entra para nada el error, la *condictio furtiva* et *ob turpem causam*. Quedan, pues, las condiciones siguientes que descansan sobre una *causa* errónea: A; para una *causa* futura, la *condictio ob causam datorum*; B, para una *causa* presente ó pasada la *condictio sine causa* en general; y para un caso especial, para el más importante y usual de todos, la *condictio indebiti*.

(e) Cuando efectúo por mí mismo un contrato de cambio, lo hago con el fin de obligar á la otra parte á ejecutar tambien lo estipulado. Esta (*obligandi*) *causa* tiene una naturaleza enteramente jurídica, y si mis aspiraciones quedasen defraudadas, tengo á mi favar la *condictio ob causam datorum*. Pero si la otra parte, habiendo ejecutado el contrato se encuentra que ha cambiado una cosa buena por una mala, mi error me causa un perjuicio, por más que este error sobre la utilidad ó el valor de la cosa sea puramente de hecho, y no se refiera á ninguna *causa* jurídica. ni dé lugar á condicion alguna. Aquí la *causa* jurídica ha producido todos sus efectos independientemente del error.

(f) L. I, § I, L. 7, de cond. indeb. (XII, 6). Este es el caso más frecuente y que constantemente se repite en todo el título del Digeste.

(g) L. 5, § I, de act. emti (XIX, I); L. 51, § I de partis (II, 14); L. 31, de cond. ind. (XII, 6). Esto puede presentarse bajo formas muy diversas. Si siendo heredero creo falsamente que el testamento me obliga á vender mi casa, y, en efecto, la vendo; ó mejor aún, si creyéndome equivocadamente deudor, en lugar de pagar al contado contraigo una obligacion nueva en virtud de una novacion, si, por ejemplo, consiento en un cambio. Veremos todavía otros casos más complicados en que este principio halla aplicacion.

relaciones con la *condictio indebiti*. Aquí la distincion establecida más arriba (Núm. III) entre el error de hecho y el de derecho tiene sobre todo una grande influencia, porque el primero de ellos y no el segundo, puede dar solo paso á la condicion. Es verdad que este principio es muy discutido y promoveria protestas de la opinion contraría provocando las razones en que se funda; pero la discusion entonces atenderia solo á lo principal, dejando desatendido el conjunto. Tambien he preferido dejar por este lado la cuestion, reservándome tratarla aparte al terminar la presente investigacion (Núm. XXXV y sig.)

Tales son las dos excepciones del derecho romano. El derecho canónico añade una tercera relativa á los matrimonios contraidos sobre falsas suposiciones. Entonces el matrimonio es nulo, pero en un caso solamente, cuando uno de los cónyuges es esclavo y el otro es libre, y éste ignoraba la condicion de aquél (*h*). El caso citado no podia presentarse en el derecho romano, pues el matrimonio estaba absolutamente prohibido a los esclavos, independientemente de la voluntad de los contrayentes.

XII.

He hablado hasta aquí de las manifestaciones expresas de la voluntad: en relacion con las que se verifican de un modo tácito el error no presenta desde luego los mismos caractéres. En efecto, la existencia de la voluntad está puesta fuera de duda por la declaracion verbal ó escrita, tratándose solo de saber si el error debe quitar á la voluntad su eficacia ordinaria. En el caso de la manifestacion tácita la existencia de la voluntad no se prueba por sí, y es necesario establecerla segun ciertos actos que se admiten como expresion de la voluntad. Además, si tales actos han sido efectuados en un supuesto erróneo, que no permite ver la expresion de la voluntad, no tenemos ningun motivo para admitir una modificacion del derecho, limitándonos á investigar si la voluntad debe conservar su eficacia ordinaria.

No sólo establecemos aquí un nuevo principio relativo á la influencia del error sobre las manifestaciones tácitas de la voluntad, sino que en la aplicacion de los pormenores las decisiones no son idénticas. Así, no se examina si el error es ó no el resultado de la negligencia, ni se hace ninguna distincion entre el error de hecho y el de derecho, por-

(*h*) C. 4. C. 29 q. 2, C. 2, 4. X de conj. serv. (IV, 9). Böhmer, § 348, 384, nota *a*. Eichhorn, II, p. 352. Los prácticos quieren sin razon extender este principio á otros casos: mas su pretension es casi siempre inútil, porque de ordinario el fraude existe, y entonces el error no tiene importancia.

que el error de derecho excluye tambien la existencia de la voluntad, es decir, la condicion indispensable de la relacion jurídica.

El principio que acabo de establecer se halla confirmado por las decisiones siguientes:

El que para dar paso á las aguas pluviales realiza en su propiedad trabajos de los cuales se irroga un perjuicio á su vecino, puede ser obligado en virtud de una accion especial á restablecer las cosas volviéndolas á su primitivo estado Si el vecino tiene conocimiento de los trabajos y no se opone, consiente tácitamente en sufrir el daño y cesa la posibilidad de la accion. Pero no habia lugar á la excepcion si el vecino estaba en un error acerca de las consecuencias de los trabajos, pues entónces no se podria considerar su silencio como una aceptacion libre del perjuicio (*a*). Aquí se habla sólo del *error* y de la *imperitia*, sin distinguir si el error era difícil ó nó de evitar, caso este último ordinariamente el más probable.

El hecho de comparecer voluntariamente las partes ante un juez incompetente se considera como la próroga de su jurisdiccion, y por esto tambien como una declaracion tácita de que quieren someterse á la decision que dicte (*b*). Pero, si engañándose sobre la competencia creen las partes sufrir una necesidad, su comparecencia no podrá tomarse como una declaracíon tácita de aceptar la competencia del juez, y por ello no cabe desde este momento prorogar la jurisdiccion (*c*). Aquí el error es casi siempre un error de derecho, pues afecta á las reglas concernientes á los límites de la jurisdiccion, sea en razon de los lugares, sea de las personas, viéndose que, como ya lo hemos dicho, el error de derecho y el error de hecho se colocan en la misma línea.

Cuando un heredero instituido administra los negocios de la testamentaría, ésta *pro herede gestio* constituye una adicion tácita de la herencia. Más si ha obrado por error, creyendo administrar sus propios bienes, sus actos no podria considerarse como expresion de voluntad (*d*).

(*a*) L. 19, 20, de aqua et aquæ pluv. (XXXIX, 3). Hé aquí los textos de que he hablado ántes (núm. 7), que por la generalidad de sus expresiones harian creer que el error excluye la existencia de la voluntad áun formalmente expresada. El motivo evidente de la excepcion hecha á la excepcion, es que si los trabajos no causan realmente daño alguno al vecino, no tendria ningun derecho á oponerse, y que así su silencio no podia ser considerado como consentimiento.

(*b*) L. I, de judiciis (V, I).

(*c*) L. 2, pr. de judiciis (V, I); L. 15, de juris d. (II, I). Estos dos textos, como los de la nota *a*, parecen indicar que el error excluia toda manifestacion de libertad. Así, de los seis textos trascritos, núm. VII, hay tres que se refieren únicamente á la naturaleza propia de las manifestaciones tácitas de la voluntad.

(*d*) L. 20, pr. de adqu. her. (XXIX, 2): «Si quid non quasi heres egit,

Pero para destruir la manifestacion de voluntad tácita no basta exista el error, sino que es necesario sea tal que no se pueda concluir del hecho la existencia de la voluntad. Si, pues, un heredero instituido administra los asuntos de la sucesion creyéndola ventajosa, en tanto que era insolvente, hay realmente adicion de herencia, porque la voluntad manifestada no era dudosa.

XIII.

He hablado hasta aquí de los casos en que los efectos regulares de los actos jurídicos se hallaban modificados por el error. Otros hay, por el contrario, en los cuales un acto jurídico, nulo en sí se hace válido á consecuencia de un error que ocultaba la nulidad.

Sucede así algunas veces en el momento mismo de realizarse el acto, y entónces es válido desde su orígen. El Senado-consulto *Macedonianum* declara nulo todo préstamo de dinero hecho á una persona sometida á la patria potestad, sin distinguir si el acreedor conocia ó no la condicion de su deudor (*a*). La interpretacion de los jurisconsultos añadió esta distincion equitativa, admitiendo que la excepcion cesaba en el caso de error respecto al acreedor, con tal que no fuese error de derecho ó un error fácil de evitar, es decir, segun los principios generales sobre la materia (*b*). Sin embargo, á los menores se les permitió invocar tambien el error de derecho (*c*).

Encontramos una disposicion de todo punto parecida relativamente al Sc. *Vellejanum*, que prohibió á las mujeres aparecer dando cauciones. El Senado-consulto no establece la diferencia entre la caucion prestada directamente por ellas y la dada por un tercero su mandatario; sin embargo, en el último caso, si el acreedor ignora el mandato y cree que el que dá el poder obra por su propia cuenta, entónces la excepcion es rechazada por la *doli replicatio* (*d*).

Los esclavos no podian figurar como testigos en un testamento; no obstante, si entre los testigos se hallaba un esclavo que era conside-

---

sed quasi heres egit, sed quasi alio jure dominus. .» § I. eod. «... aut putarit sua.»

(*a*) L. I, pr. de Sc. Maced. (XIV, 6).

(*b*) L. 3, pr. de Sc. Maced. (XIV, 6): «Si quis patrem familias esse credidit, *non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia*, sed qui a publice paterfamilias plerisque videvatur: cessabit senatusconsultum.» La L. 9 pr. h. t. dice indirectamente lo mismo con motivo del error de derecho, cuando solo releva á los menores que por error de derecho hubieran prestado dinero á un filiusfamilias.

(*c*) L. 9, pr. h. t. (véase nota *b*); L. II, § 7 de minor. (IV, 4).

(*d*) L. 6, ad Sc. Vellej. (XVI, I).

rado generalmente como hombre libre, el testamento no era menos válido. (e).

Se puede incluir entre la misma clase de hechos las ventajas unidas á la posesion de buena fé, porque á falta de una propiedad verdadera, la buena fé implica necesariamente el error (f).

XIV.

Son aún más importantes los casos en que un acto jurídico, nulo en su orígen, se hace valido despues. Se puede considerar esta modificacion como el complemento de un acto jurídico imperfecto, siendo el error el que presta dicho complemento: uno de estos casos era en el antiguo derecho la *erroris causæ probatio*. Cuando se contraia un matrimonio entre personas que no tenían recíprocamente el *connubium*, la union era nula segun el derecho civil; los hijos no seguian la condicion de su padre ni caian bajo la pátria potestad. Pero si los esposos creian válido su matrimonio, si atribuyéndose el uno al otro, por error, una condicion superior ó inferior á la verdadera creian existian entre ambos las circunstancias iguales pedidas por las leyes, se les concedia una *causæ probatio*, es decir, se les permitia probar su error. Entonces el esposo de una condicion inferior y los hijos habidos del matrimonio, eran elevados á la condicion superior del otro esposo; por tanto adquirian de ordinario el derecho de ciudad y los hijos caian bajo el poder del padre (a). No se dice si el error debia ser justificado por circunstancias extraordinarias, lo cual seria conforme á los principios generales, porque cada uno debe conocer su propia condicion (Núm. III). Quizá se admitiese como un favor excepcional en consideracion de los hijos; quizá tambien la necesidad de establecer circunstancias extraordinarias se exprese por la frase *causæ probatio* y el silencio de los textos á este respecto sea accidental.

Una aplicacion mucho más importante de esta relacion complementaria y de todo punto conforme al derecho moderno es la usucapion. Cuando un acto capaz por su naturaleza de trasferir la propiedad, es nulo por un motivo cualquiera, el adquirente puede conocer ó no esta nulidad: en el primer caso la nulidad es irrevocable; en el segundo la propiedad, que desde luego no existia, se adquiere por el tiempo de la

---

(e) § 7, J. de text. ord. (II, 10); L. I, C. de text. VI, 23).

(f) Por ejemplo, la adquisicion de los frutos (§ 35, J. de rer. div. y la adquisicion limitada por la mediacion del *servus bona fide possessus* (§ 4, per quas pers. II, 9).

(a) Ulpiano VII, § 4; Gayo, lib. I, § 67 y sig.

usucapion siempre que el presente los caracteres propios á este efecto. De este modo tal error no solo no impide la adquisioion de la propiedad, sino que es una condicion indispensable, pudiéndose decir que, sin error, no hay usucapion (*b*). No hay necesidad de desarrollar aquí la teoría de la usucapion; pero debo determinar exactamente su relacion con el error, y se verá que los principios generales expuestos han sido aplicados en toda su pureza á la usucapion y ventajosamente desenvueltos.

XV.

Segun lo que precede el error deberia ser ante todo un error de hecho y, además, un error justificado por las circunstancias, es decir, difícil de evitar: estas condiciones, pues, forman las bases fundamentales de la teoría de la usucapion. Antes de establecer estos dos puntos es necesario investigar qué elementos de la usucapion pueden encontrarse realmente en contacto con el error. Para la usucapion se exigen dos condiciones positivas: la buena fé y la existencia de un título. La primera de ellas es un hecho cuya existencia en sí es independiente de su causa; así que el error lo sea de derecho ó un error de hecho fácil de evitar, la buena fé no subsiste menos (*a*); pero para la usucapion no se admite sino el error calificado, y hé aquí lo que expresa la necesidad del título. En este sentido se puede decir que, circunstancia especialmente exigida, no es la *bona fides*, sino el titulo (*b*). En cuanto á la

---

(*b*) Para prevenir todo olvido acerca del sentido de esta regla son aquí necesarias dos observaciones: 1.° El antiguo derecho reconocia dos aplicaciones muy diferentes del principio de la usucapion, que trasformaba en propiedad perfecta la *in bonis* y la *b. f.* possesio enteramente distinta del *in bonis*. (Gayo, Lib. II. § 41—44). Nuestra regla concierne á la segunda aplicacion, no á la primera, y habiendo desaparecido esta del derecho Justinianeo, la regla se ha hecho general.—2.° La regla es verdadera solo allí en donde la usucapion obra de una manera completa, es decir, quita la propiedad á uno para concederla á otro. De ordinario el hecho se presenta de un modo contrario á la práctica: la usucapion no hace sino suplir á la prueba de una propiedad verdadera, y en este caso no hay error. En otro lugar haremos la exposicion detallada de este principio.

(*a*) Recíprocamente se puede demandar si la mala fé que descansa sobre un error impide la usucapion. Sí, hay error de derecho (L. 32, § I de usurp., XLI, 3); no, si hay error de hecho. L. 35 de don int. vir. (XXIV, I); L. 3, pro. don. (XLI. 6). Véase el sistema, § 116.

(*b*) Podria considerarse la distincion como una estéril sutileza, porque aún segun mi esposicion, no siendo el título sino la prueba de la *bona fides*, ambas cosas forman un todo inseparable. Pero sigue teniendo su importancia para la usupacion extraordinaria, en que la posesion de treinta años suple la existencia del título (L. 8. § I. C. de prescr., XXXVII, 39). Para comenzar aquí la posesion. la *bona fides* es el único requisito y el error de derecho no crea obstáculo alguno.

relacion de la *bona fides* con el título, añado que no solo sanciona este la *bona fides*, sino que la estableció como un hecho, en tanto que el adversario no prueba la mala fé (*c*). Tal es en materia de usucapion la razon perentoria que dispense al poseedor de probar su *bona fides*. Independientemente de esta razon especial, es un principio el de que cualquiera que acusa á su adversario de mala fé, debe ofrecer la prueba. Debemos, pues, asentar la *bona fides*, para mayor exactitud, como condicion negativa, es decir, la falta de mala fé (*d*).

Veamos ahora de qué naturaleza debia ser el título para legitimar la usucapion.

Ha de ser éste un elemento que dé principio á la propiedad, que la trasfiera, pero que no consume por sí solo esta relacion jurídica, porque entonces no habria necesidad de una usucapion complementaria, que parezca trasferirla de tal suerte que un hombre de sentido y habituado á los negocios pueda creer que la propiedad existe realmente. ¿Qué es lo que falta, por consiguiente, á la adquisicion originaria de la propiedad y que pueda dar lugar á un error parecido?

Tratándose de la venta, modo de adquirir el más frecuente, puede suceder que el vendedor no fuese propietario; este es el caso principal de usucupacion y el error se admite sin dificultad, porque en principio, no estamos obligados á un exámen riguroso de los derechos agenos. Sin embargo, si resultaba de circunstancias que le rodeasen que el error era fácil de evitar, esta negligencia impediria la usucapion (*e*).

Cuando el vicio se refiere al acto jurídico mismo necesario para trasferir la propiedad, el error se admite ménos fácilmente, porque, en general, descansa sobre un acto personal del que lo comete. Sin embargo, si el vicio reside solo en la facultad de obrar del que enagena, el error del que adquiere es excusable por descansar en la condicion de un tercero; si, por ejemplo, el vendedor era menor ó incapacitado y el adquirente lo creia mayor ó en su sano juicio (*f*).

(*c*) L. 30, C. de evict. (VIII, 45).

(*d*) Esto conforma completamente con el lenguaje de las fuentes del derecho. L. 109 de V. S. (L. 12). «Bonæ fidei emtor esse videtur, *qui ignoravi eam rem alienam essè:* aut putut putavit eum, qui vendidit, jus, vendendi habere, pesta procuratorem aut tutorem esse.» La L. 30, C. de evict. citada en la nota *c* que dispensa al poseedor de la prueba de la *bona fides* no está restringida para la usucapion.

(*e*) Este error es susceptible de dos formas diferentes: puede creerse falsamente que el vendedor era verdadero propietario ó que este le ha autorizado para que venda, y ambos casos están prevenidos por la L. 109, de V. S. (nota *c*) En el último, sobre todo, el error es fácil de evitar con frecuencia y, entonces, no se admitirá para la usucapion.

(*f*) L. 2, § 15, 16, pro emtore (XL., 4). Es cuestionable la forma de fijar el caso previsto por el párrafo 15, para no ponerlo en contradiccion con otros textos. V. Unterholzner Verjährungslehre (I, p. 128, 133). Debe suponerse naturalmente que el error se justificaba por el

De otro modo acontece cuando los actos que constituyen el contrato quedan imperfectos ó se supone por error la existencia de un título, el cual se llama de ordinario título putativo. Es indudable que las decisiones de los textos sobre este último caso no resultan bien determinadas; ciertos textos parecen admitirlas (*g*), mientras que otros las rechazan en absoluto (*h*); pero hay algunos que concilian esta contradiccion aparente de un modo conforme en todo á los principios generales sobre el error. Segun la regla, el error sobre la existencia de un título es inadmisible, porque, en general, descansa sobre un acto personal; pero circunstancias extraordinarias pueden hacerlo excusable si, por ejemplo, el adquirente habia encargado á un mandatario pasar el acto de la venta y habia sido engañado realmente acerca de prescindir ó no de dicho acto (*i*).

XVI.

Acabamos de decir de qué naturaleza debe ser el error de hecho para hacer posible la usucapion; en cuanto al error de derecho no es necesario una distincion tan rigurosa, porque, en general, no se puede invocar un error de derecho, en tanto que para el de hecho es una cuestion que depende de circunstancias particulares concernientes á cada especie (núm. 3). Tambien se vé en muchos textos de las fuentes la regla general de que error sobre la existencia del título hace siempre imposible la usucapion (*a*).

Sin embargo, la regla no es tan absoluta como parecia indicar la letra de los textos, y debemos, por el contrario, admitir aquí las mismas restricciones que para el error de derecho en general (nota *a*). Vemos esto confirmado por los ejemplos de los textos de que hemos hecho mencion, todos relativos á las reglas más simples de derecho y más incontestables; así que un impúbero no puede enagenar nada sin su tutor, que la

---

aspecto de la persona, de otro modo no seria admisible para la usucapion. Acerca de la prohibicion y de una restriccion del mismo género aplicable al *spatium deliberandi*, se halla como argumento á contrario una disposicion indirecta en las L. 12. de usurp. (XLI, 3), L. 7. § 5, pro emt. (XLI, 4). Es necesario separar de este último texto la L. 26, de contr. (XVIII, 1).

(*g*) L. 8. L. 4, § 2, pro suo (XLI, 10).

(*h*) L. 27, de usurp. (XLI, 3) § II, J. eod. (II, 6).

(*i*) L. II, pro emtore (XLI, 4); L. 5, § I, pro suo (XLI, 10); L. 4, pro legato (XLI, 8).

(*a*) L. 4, h. t. L. 3, pr. L, 32, § I, de usurp. (XLI, 3), L. 2, § 15, pro emtore (XLI, 4). V. Unterhobzner Verjährungslehre, § 117, p. 408. Sobre la L. 2, § 15, pro emtore, hay una gran controversia, no para saber si el error de derecho debe ser rechazado, y por el contrario, si el error de hecho habrá de ser admitido. V. núm. 15, nota *f*.

auctoritas de este debe intervenir inmediatamente despues de la manifestacion de voluntad del pupilo, es decir, ni antes de la manifestacion ni mucho tiempo despues. Pero debemos admitir, por el contrario, para la usucapion, el error de derecho cuando descansa sobre principios realme controvertidos; algunos casos del antiguo Derecho romano harán sensible esta verdad.

Los sabininianos hacian comenzar la pubertad desde el momento mismo en que se manifestaba en cada individuo; los proculeyanos, y despues de ellos Justiniano, á la edad de los 14 años (*b*). Si pues, un proculeyano compraba una cosa á una persona de dicha edad, pero impuber todavía, creia de buena fé adquirir inmediatamente la propiedad, y si en su consecuencia se promovia un proceso acerca de este punto, el pretor ante quien era llevado el negocio ó el jurisconsulto consejero del pretor era un proculeyano ó un sabiniano, en el primer caso atribuiria la propiedad al comprador en virtud de la tradicion ó de la mancipacion, y en el segundo sucederia lo contrario. Entonces se presentaba la cuestion de saber si el comprador podia al ménos invocar la usucapion. El pretor estaba indudablemente en el caso de atribuir al comprador un error de derecho, pero no un error concebido ligeramente y fácil de prevenir; porque las *diversæ scholæ auctores*, pasaban tambien por buenos jurisconsultos. Pienso, pues, que en tales casos el pretor, áun sabiniano, habria admitido la usucapion, segun el principio de Labeon, puesto fuera de toda duda: «ut, *cui facile scire* ei detrimento sit juris ignorantia» (núm. 3, nota *k*).

Hé aquí algunos casos semejantes. Los proculeyanos declaraban nulo el legado hecho bajo una condicion imposible; los sabinianos, y con ellos Justiniano, lo tenian por válido (*c*). Si segun la doctrina de los sabinianos un legatario habia estado durante muchos años en posesion de un legado análogo, un pretor proculeyano no podria, por lo ménos, rehusarle la *usucapio pro legato*. Una cuestion otras veces controvertida era la de saber si el usufructo de un esclavo concedia al usufructuario la propiedad de los hijos nacidos del mismo (*d*). El pretor, que resolvia esta cuestion negativamente, debia siempre conceder al usufructuario la *usucapio pro suo*.

Si los romanos admitian que el error de derecho no impedia en todo caso la usucapion, esta doctrina debe ser aplicada al derecho moderno, y áun con más extension todavía (núm. 4) (*e*).

(*b*) Ulpiano XI, 28. V. Sistema, § 109.
(*c*) Gayo, lib. III, 98.
(*d*) L. 68, pr. de usufructu (VII, 1) Ciceron de Finibus, 1, 4.
(*e*) La doctrina de que el error del derecho sobre un punto controvertido no impide la usucapion, se encuentra ya en los antiguos autores. Gilken de usucapionibus. P. 2, membr. I, c. III núm. 2.

XVII.

El error ejerce una influencia más marcada sobre los actos jurídicos relativos al derecho de sucesion que sobre las transaciones entre vivos.

Vemos esto ante todo con relacion á las disposiciones del testador en los casos siguientes:

1.° El testamento es nulo cuando el testador está en un error, ó aun en duda, sobre su estado personal (*a*).

2.° En principio la institucion de heredero es independiente de la simple voluntad (no manifestada regularmente), y por tanto se distingue de los legados de los cuales voy á hablar desde luego. Tambien, á diferencia de los legados, la institucion de heredero no puede ser revocada sino por un acto regular (*b*), y en general subsíste aún á pesar de una causa falsa (*c*). Esta última regla sufre, sin embargo, dos excepciones importantes.

A. La institucion de heredero es nula si ha sido hecha en el supuesto equivocado de la muerte de un heredero abintestato ó de un heredero instituido anteriormente (*d*).

B. Es nula si ha sido hecha en la creencia errónea de un lazo de parentesco existente entre el testador y el heredero. Si el heredero es

---

(*a*) L. 14, 15, qui test. (XXVIII, I), Ulpiano XX, § II.—Glück, v. XXII, p. 285.

(*b*) L. 22, de adlmendis (XXXIV, 4), L. 36, § 3, de test. mil., (XXIX, I).

(*c*) Así resulta del principio contenido en la aplicacion precedente (nota *b*), en donde se vé claramente la distincion establecida entre la institucion de heredero y el legado, refiriéndose los casos siguientes como excepcion. Contra la regla aquí asentada se halla una objecion muy especiosa en la L. 4, § 10 de doli exc.: «Præterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere *et ideo heres qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur*.» Si entendemos por las últimas palabras la exclusion de la *hereditatis petitio* hemos asentado una regla falsa; pero esta interpretacion debe ser rechazada, porque la *doli exceptio* frente á un tercer poseedor que puede no tener derecho alguno, no tendria el menor fundamento. El texto se refiere más bien á una demanda del heredero, verdadero, por ejemplo, contra un deudor de la sucesion y cuya liberacion estaba en el ánimo del testador, pero no resulta de un legado válido segun el derecho civil. Aquí se trata, pues, de un caso análogo al mencionado en la L. 6, § I, de pecul. leg. (XXXIII, 8).

(*d*) L. 28 de inoff. (V. 2). L. 92, de her. inst. (XXVIII, 5). Se mantenia el legado y otras disposiciones accesorias de un testamento fundado sobre un error parecido, considerándose esto no como una regla de derecho ordinario, sino como un acto de perfecta equidad. Tambien los dos textos citados observan que esta medida benéfica fué debida al emperador.

un hijo supuesto del testador, la sucesion es devuelta al fisco por causa de indignidad (*e*): en cualquiera otro de los casos la institucion se reputa como no escrita (*f*).

3.° Si el testador deshereda como ilegítimo á un hijo que es realmente legítimo, la desheredacion es nula (*g*). Lo mismo sucede á la desheredacion en general contra un hijo que el testador creia muerto (*h*).

4.° En principio el legado no se anula por la expresion de un motivo erróneo, porque el testador puede haber sido determinado por otros motivos verdaderos, pero no expuestos (*i*); no obstante, si resulta de

---

(*e*) L. 46, pr. de j. fisci (XLIX, 14), L. 4, C. de her inst. (VI, 24): «*auferendam* ei successionem.» El motivo de esta diferencia era evitar la suposicion de hijos por la amenaza de la confiscacion. Si los textos citados fueran ménos positivos, se podria creer segun la L. I, § II, de Carbon. ed (XXXVII, 10) que la institucion de heredero de un hijo supuesto se tiene *pro non scripta* lo que excluia el derecho del fisco; pero es necesario considerar las expresiones de esta ley como inexactas y buscar la regla verdadera en los textos citados antes. Tambien puede suceder que el derecho del fisco sea posterior á Ulpiano que es el autor de la L. I, § citado. La L. 46 de j. fisci es de Hermogeniano.

(*f*) L. 7, C. de her. inst. (VI, 24). Hé aquí la frase de esta ley que ha dado lugar á numerosas controversias: un *peregrinus* adopta como hermano á otro *peregrinus*. Despues ambos se hacen ciudadanos romanos, y el adoptante instituye por heredero al hermano putativo. Los emperadores declaraban nula esta institucion en razon a que el parentesco no existia porque aun entre los peregrinos mismos no pudo ser adoptado como hermano. En la interpretacion de este texto hay necesidad de admitir evidentemente que más tarde han adquirido la ciudadanía, porque si como piensan muchos autores la condicion de *peregrini* era la causa de la nulidad, no se hubiera olvidado citar este argumento perentorío, y el error del testador habria sido una circunstancia indiferente Sobre el mismo principio es sobre el que descansa la L. 5, C. de testam. (VI, 23): y aun cuando este texto seria en su principio referente á un legado («non *deberi*») por su insercion en el título de testamentis, ha tomado un sentido más general, no teniendo nosotros necesidad de imitar á los autores que la consideran como una *lex fugitiva*, y niegan fuera aplicable á la institucion de heredero. Se citará vanamente para combatir esta opinion la L. 33 pro de cond. (XXXV. l), porque habla de la *falsa demonstratio* que difiere esencialmente de la *falsa causa*.

(*g*) L. 14, § 2, L. 15, de lib. et posth. (XXVII, 2).

(*h*) L. 25. p. de lfb. et posth. (XXVIII, 2). Un testador ha dicho: *cœteri omnes filii filiœque meœ exheredes sunto*; pero este testador tenia un hijo vivo que creia muerto. Paulo dice que el hijo tenia dos medios para atacar el testamento: 1.° Un vicio de forma en la desheredacion, que habria debido ser hecha *nominatin*; 2.°, el error sobre la muerte; este medio es decisivo tratándose solo de establecer ante los tribunales que el error ha existido realmente.

(*i*) L. 17, § 2, 3; L. 72, § 6 de cond. (XXXV, I), § 31, J. de leg. (II, 20). L. I, 5 C. de falsa causa (VI, 44).

circunstancias especiales que el error dicho es la causa determinante del legado, se puede oponer al legatario una *doli exceptio* (*k*). Es esta una aplicacion particular de la regla general de que el legatario que resiste á la voluntad del testador claramente manifestada, es rechazado por la *doli exceptio* (*l*), y esto porque la revocacion, aun cuando sea irregular, de un legado basta para que la excepcion esté justificada (*m*). Aquí, pues, encontramos entre la institucion de heredero y el legado una diferencia importante desconocida por muchos autores (*n*).

5.° Finalmente, el legado de la cosa de otro es nulo, á ménos que el testador no supiese que la cosa no le pertenecia. Al legatario corresponde presentar la prueba (*o*).

Aun cuando el error tenga aquí más influencia que sobre los contratos, nos engañaríamos mucho si, traspasando los límites de los casos antes enumerados, se atribuyese la misma eficacia á toda clase de error. Si, por ejemplo, el testador atribuia á su heredero méritos ó cualidades de que en efecto carecia, esta circunstancia no autorizaria al heredero abintestato á atacar el testamento.

Es necesario no confundir con los casos que anteceden, uno que en apariencia le es análogo, el de un testador que nombra un heredero tomándolo por otra persona. Aquí no es el error el que modifica la eficacia de los actos jurídicos; en relacion al heredero designado nominalmente no hay voluntad, y desde este instante no es ya un caso de error propiamente dicho (*p*).

XVIII.

Veamos ahora cómo ejerce su influencia el error sobre los actos que conducen á adquirir la posesion. Si el heredero llamado se engaña acerca del llamamiento testamentario, legal, etc., la adicion de la herencia, expresa ó tácita es nula (*a*), así como su renuncia (*b*). Aquí se

---

(*k*) L. 72, § 6, de cond. (XXXV, I); L. I. in f. C. de falsa causa (VI, 44).

(*l*) L. 4, § 10. de doli exc. (XLIV, 4). Véase nota *c*.

(*m*) L. 92, de adimendis (XXXIV, 4). L. 36, § 3, de test. mil. (XXIV, 1).

(*n*) Sobre toda esta cuestion es necesario ver á Ramos en Meerman, V, 176, y Chesius Jurispr. Rom. et Att. II, 723.

(*o*) § 4, 7, de leg. (II, 26). L. 67, § 8. de leg. 2. (XXXI, un.).

(*p*) Véase antes núm. XXXIV, y el Sistema § 135. En tales casos se prescinde del heredero nombrado por el testador, porque este no ha querido designarlo, y al que hubiera deseado porque no lo nombró. L. 9, pr. de her. inst. (XXVIII, 5).

(*a*) La nulidad de la *pro herede gestio* hecha por error, podria tambien referirse al principio más general de la declaracion tácita de voluntad errónea (núm. XXII).

(*b*) L. 13, § I; L. 14, 15, 16, 19, 22, 23, 32, 33, 34, de adquir. hered. (XXIX, 2).

halla todavía la restriccion ordinaria que excluia al error de derecho (*c*). El heredero que ha hecho adicion no puede invocar ninguna especie de error, principalmente el muy importante relativo al valor de la sucesion. En un caso de error parecido, Adriano, por motivos de alta equidad, concedió la restitucion al heredero; Gordiano hizo de esta decision una regla general en favor de los soldados; Justiniano adoptó una medida que la hizo inútil, y ordenó que el heredero que hiciese inventario no fuese obligado á pagar las deudas más allá del importe total de la sucesion. Así, en general, la restitucion desapareció como inútil, subsistiendo solo en favor de los soldados que se olvidaban de formar el inventario (*d*). Desde entonces no se aplicó ya como otras veces á un acto imprudente, sino á una simple omision. El principio de que ninguna otra especie de error pueda ser invocada por el heredero despues de la adicion, se encuentra en el caso especial en que el patrono acepta la sucesion testamentaria de su manumitido, ignorando las enagenaciones hechas por el último. El patrono tendria interés en combatir el testamento; sin embargo, no puede volver sobre su aceptacion (*e*).

Si los acreedores de una sucesion exigen la separacion de los bienes, aun cuando les sea perjudicial, pueden, ofreciendo una justificacion completa de su error, obtener la restitucion (*f*).

Reasumiendo todas las disposiciones que preceden, vemos que es necesario atribuir al error más influencia en materia de sucesion que en los contratos entre vivos. Pero no es sino en un gran número de casos especiales en donde el error ejerce una influencia excepcional, encontrando además aquí la confirmacion del principio fundamental de que el error en sí no excluye la voluntad ni, en general, modifica sus efectos.

(*c*) L. 2. C. h. t.

(*d*) Gayo lib. II, § 153, § 5, 6, J. de hered. qualit. (II, 19). He presentado aquí el verdadero sentido y el encadenamiento de las disposiciones de la Instituta. Es, pues, sin razon, cómo muchos autores (por ejemplo, Burchardi Wiedereinstzung, p. 388) colocan al lado del *beneficium inventarii* una restitucion general en favor del heredero que acepta imprudentemente. Justiniano queria, sin duda, y el mismo lo dice, socorrer á los herederos llamados de un modo más eficaz que Adriano y Gordiano lo habian hecho, pero por un medio distinto de la extension de la restitucion. Segun el espíritu de la legislacion justinianea debemos decir: El heredero ha hecho inventario ó ha olvidado esta precaucion; en el primer caso no hay necesidad de restitucion; en el segundo no la merece. A la verdad, el soldado no sufria por la falta de inventario (núm. XXXIII).

(*e*) L. 3, pr. si quid in fraud. patr. (XXXVIII, 5).

(*f*) L. I, § 17, de separat. (XLII, 6).

XIX.

Existian en el antiguo derecho romano de procedimientos muchos actos que, por su sola forma, tenian efectos rigurosamente determinados, capaces de causar un grave perjuicio al que los hubiera realizado imprudentemente, encontrando contra este perjuicio una garantía en los principios generales sobre el error, es decir, que era desde luego necesario probar el error y, despues, que no fuese un error de derecho ó de hecho fácil de evitar. Dicha garantía no consistía en una accion especial, lo cual hubiera perturbado y complicado el procedimiento, sino en una restitucion, y como las partes se hallaban ya ante el pretor, esta forma era sin duda la más conveniente.

Hé aquí los diferentes casos de este género tales como nos los presentan las fuentes del derecho:

1.° El que iniciaba una demanda judicial expresaba su accion entonces, aun cuando la hubiera dirigido contra una persona distinta de su verdadero adversario, lo cual vemos principalmente en las demandas formuladas contra un pupilo al que un *falsus tutor* hubiera dado la *auctoritas*: en este caso el pretor acordaría la restitucion (*a*). De igual modo, cuando se reclamaba en su totalidad una deuda de la sucesion á uno de los coherederos, que falsamente se hacia pasar como único heredero, estaba obligado éste á pagar toda la deuda y el acreedor no tenia derecho contra los coherederos. Pero si el heredero, sin razon obligado por designacion al pago de la deuda era insolvente, el pretor concedia una restitucion contra los demás partícipes (*b*).

2.° El que reclamaba por más de su crédito, perdia la totalidad de su derecho (*plus petendo*); pero si consignaba un error y estaba justificado por las circunstancias, podia hacerse restituir (*c*).

3.° La parte que, teniendo el derecho de pedir una caucion en un procedimiento, aceptaba en este concepto á una persona que despues resultaba ser esclavo y por tanto incapaz de servir de caucion, podia hacerse restituir contra este perjuicio (*d*).

(*a*) L. I, § 6; L. 2-6, quod falso (XXVII, 6). V. Keller, Litiscontestation, § 68. Burchardi Wiedereinsetzung § 21.

(*b*) L. 18, de interrog. (XI, 1).

(*c*) § 33, J. de act. (IV, 6). Gayo Lib. IV, § 53. V. Búrchardi Wiedereinstzung p. 387. La restitucion concedida al demandado en un caso parecido (Gayo Lib. IV, § 17) no estaba fundada en un error.

(*d*) L. 8, § 2, qui satisdare (II, 8). La primera parte del texto supone un error de hecho y admite la restitucion de una manera general; la segunda parte, que concedió especialmente la restitucion á los menores y á las mujeres, debe entenderse del caso en que hay error de derecho, es decir, que si bien la parte no ignoraba que trataba con un esclavo, lo creia capaz. V. Mühlenbruch p. 390.

4.° El que hacia una declaracion ante el pretor, sea expontáneamente (*confessio*) (*e*), sea respondiendo á su adversario (*responsio*) se obligaba igualmente. Pero si más tarde probaba que se habia equivocado, ó si el error resultaba evidentemente de ciertos hechos incompatibles con la declaracion (*f*), podia hacerse restituir contra la obligacion así contraida. Aquí se dice expresamente que el error no debe ser un error de derecho (*g*) ni de hecho ocasionado por una excesiva negligencia (*h*).

La mayoría de estas decisiones, inaplicables ya en el derecho Justinianeo, le son más todavia en el derecho moderno. La última, sin embargo, relativa á la confesion judicial, es aplicable en la actualidad, á pesar del cambio traido en la forma al principio que le sirve de base (*i*).

He citado á propósito ejemplos tomados del antiguo derecho. El punto de vista bajo el cual el error es considerado en el procedimiento moderno, es un aspecto completamente especial en un todo á este procedimiento, y cae fuera de la teoría general del error (*k*).

XX.

Respecto á los delitos (*a*), la teoría del error presenta las particularidades siguientes:

(*e*) L. 2, de confessis (XLII, 2); L. II, § 8, 10, 11, de interrog. (XI, 1).

(*f*) L. 13, pr. de interrog. (XI, 1); L. 23, § II; L. 24; L. 25, pr. ad. L. Aquil. (IX, 2); L. 8, de confessis (XLII, 2).

(*g*) L. 2, de confessis (XLII, 2). Esta regla se refiere al principio fundamental de la *condictio indebiti* que no admite la repeticion por causa de un error de derecho (núm. XXXV y sig.) porque el que confiesa como el que paga, no lo hace por gusto, sino por cumplir una obligacion.

(*h*) L. II, § II, de interrog. (XI, 1).

(*i*) Una restitucion más importante todavia es la dada contra un juicio regularmente concluido. V. Burchardi Wiedereinsetzung p. 185. Pero no pertenece á la doctrina del error, porque el error de la parte figura de una manera secundaria é indirecta entre las causas del juicio.

(*k*) Así, por ejemplo, la manera de considerar el error de un abogado, teniendo en cuenta la posicion de los abogados cerca del tribunal del cual se trata.

(*a*) Empleo, para abreviar, esta expresion, y la aplico á la vez al delito público (crímen) y al delito privado, es decir, á la violacion del derecho, cuyo efecto especial es engendrar en derecho privado una actio quæ *pœnæ causa* datur, sea que esta accion tenga por objeto una pena tal como la *furti actio*, ó simplemente una indemnizacion como la de la *doli actio* ó ambas en conjunto, tal como la *actio vi bonorum raptorum*. He debido reunir los dos casos, porque el modo de considerar el error en ambos es absolutamente el mismo.

Hay delitos que basta un acto exterior para constituirlos, y en donde la libertad del agente, aunque siempre indispensable, nos aparece como secundaria: en tales casos, el *dolus* y la *culpa* son igualmente punibles. Así acontece al homicidio, bien que con muchas gradaciones de pena, y á la *actio legis Aquiliæ*, en donde aun la fijacion de la pena no depende de la distincion entre el *dolus* y la *culpa*. Hay tambien delitos en los que al acto exterior debe añadirse la voluntad culpable, la conciencia de la violacion del derecho, y en los que en ausencia de esta voluntad el delito no existe. No cabe entonces distinguir si el error que excluia el *dolus* está ó no justificado por las circunstancias, y si es un error de hecho ó de derecho, porque el *dolus* es un hecho incompatible con toda clase de error.

Debemos, sin embargo, establecer la distincion siguiente: Cuando el agente conoce la ley penal, y por un error de derecho se engaña sobre la culpabilidad de su acto, el principio halla aplicacion, pero no desde el instante en que el error descansa sobre la existencia misma de la ley: porque estando obligado cada uno á conocer la ley, y reputándose debido este conocimiento, dicha ignorancia no excluye el *dolus* ni la responsabilidad. Ciertas clases de personas privilegiadas están exceptuadas de este rigor, y pueden invocar la ignorancia del derecho: los menores, las mujeres, los labradores (*rusticitas*) y los soldados; pero tal privilegio no vale sino para las leyes penales de una naturaleza más positiva (*juris civilis*), no para las que se revelan naturalmente á la conciencia del hombre (*juris gentium*) (*b*). La frase *juris ignorantia* presenta un doble sentido, porque puede referirse lo mismo á la culpabilidad del acto que á la ignorancia de la ley penal. Tomada en el primero la *juris ignorantia* excluye absolutamente el *dolus*; tomada en el segundo, no se estiende más allá de los límites antes indicados. Esta doble acepcion de la *juris ignorantia* sirve para conciliar muchos textos (*c*).

Dichos principios no se encuentran en ninguna parte en las fuentes

---

(*b*) La distincion se expresa claramente en las L. 38, § 2, ad. L. Jul. de adult. (XLVIII, 5) y L. 2, C. de in jus voc. (II, 2). Haré uso de estos textos (núm. XI) cuando hable de los diversos delitos.

(*c*) Coll. LL. Mos. et Rom. I, § (XII de Modestino): «Nonnunquam per ignorantiam delinquentibus juris civilis venia tribui solet, *si modo rem facti quis non juris ignoret:* quæ scilicet consilio delinquentibus præstari non solet. Propter quod necessarium est, abdita distinctione considerare, utrum sciente an ignorante aliquo quid gestum proponatur.» La *juris ignorantia*, que nunca puede servir de excusa, es evidentemente aquí la ignorancia de las leyes penales. Con este fin solo es como Modestino cita la regla, sin hablar de las excepciones personales que para esto no toma en cuenta. El *nonnunquam* quiere decir que la impunidad concedida al error de hecho no puede ser invocada para todos los delitos, sino solo para los delitos fraudulentos.

bajo esta forma general, sino que resultan de diversas aplicaciones particulares de una manera tan clara y precisa que estamos autorizados á extenderlos á los casos para los cuales no existen decisiones tan completas ni formales.

XXI.

Para que tenga lugar un robo, es necesario una voluntad injusta, y especialmente la intencion de enriquecerse. Así, el que se apodera de la cosa de otro creyendo sin razon que le pertenece, no á consecuencia del robo, la cosa no se convierte en una *res furtiva*, aun cuando se tratara de un error de derecho: si, por ejemplo, el usufructuario de un esclavo cree que le pertenece la propiedad de los hijos (*a*). Estando prohibido el robo por el *jus gentium*, las personas privilegiadas mismas no podian en casos análogos invocar la ignorancia de la ley penal (núm. XX).

Así tambien, el que ignorando la prohibicion de hacerse justicia por sí mismo se apodera violentamente de la cosa que cree pertenecerle, no está sometido á la *actio vi bonorum raptorum*, porque esta accion se dirige contra los que arrebatan conscientemente lo que no es suyo. Para quitar esta excusa, los emperadores impusieron penas severas contra los que se hicieran justicia por sí mismos (*b*). Aquí, como para la *actio vi bonorum raptorum*, se supone que la ignorancia de la ley no exime de la pena. Además, ambas disposiciones penales no tienen una naturaleza rigurosamente positiva; responden á un sentimiento de justicia innato en el corazon humano.

No hay, naturalmente, incesto si se ignora la existencia del parentesco (*c*); pero el error de derecho, es decir, la ignorancia de la prohibicion del matrimonio, no puede invocarse sino excepcionalmente: 1.° para las mujeres, con tal que el incesto sea *juris civilis* y *non juris gentium* y que por tanto se cometa entre colaterales, no entre ascendientes y descendientes (*d*); 2.° por los hombres todavia menores y con las mismas restricciones que para las mujeres (*e*).

(*a*) § 5, J. de usuc. (II, 5); L. 36, § 1; L. 37 pr. de usurp. (XLI, 3).
(*b*) § 1, 7, de vi bon. rap. (IV, 2).
(*c*) L. 4, C de incestis (V, 5).
(*d*) L. 38, pr., § 2, 4, 7, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5); relacionada con la 68, de ritu nupt. (XXIII, 2).
(*e*) L. 38, § 4, 7, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5); L. 4, C. de incestis (V, 5). Literalmente no se ha hablado aquí del *incestus juris civilis*, pero podemos suplir esta restriccion, vista la asimilacion completa de los menores con las mujeres. Quizá no haya sido expresada en atencion á la rareza del *incestus juris gentium* entre menores. La madre incestuosa no puede ser sino mayor, y un padre, todavia menor, no puede

El Sc. *Turpillianum* decretó una pena contra los que habiendo hecho una denuncia, la retiraran sin la autorizacion del magistrado. Esta ley penal es toda ella positiva: tambien los menores y la mujeres pueden invocar el error de derecho y evadirse de sus efectos (*f*).

El que destruia fraudulentamente los edictos de los magistrados era castigado con una multa de 500 *aurei* (*g*). Esta prescripcion, dada la importancia de la pena, podia considerarse como positiva; además, se le daba al dolo más extension que en los otros casos, y el culpable podia rehuir la pena invocando su ignorancia del derecho en general ó su falta absoluta de cultura (*h*). Cuando un ciudadano moría asesinado estaba prohibído, bajo pena de 100 *aurei* de multa, abrir su testamento antes de que sus esclavos hubiesen sído sometidos al tormento, á fin de poder aplicar dicho tormento á los que hubiesen sidó manumitidos por el testador (*i*). El *dolus* era la condicion de la multa, y vista la naturaleza positiva de la ley, era admitido con las mismas restricciones que en el caso precedente (*j*).

El que por ignorancia del derecho viola las leyes de aduanas no se libra de ningun modo de la pena, porque estas leyes castigan el hecho material y no el *dolus* (*l*). Sin embargo, si se trata de un menor, para que se considere incurre en la pena, es necesario que esté probado el *dolus* (*m*).

---

tener una hija capaz de cometer un incesto. En la L. 38, § 4 cit. se debe leer *Claudio* en lugar de *Claudiæ*, porque se trata evidentemente de un hombre, como lo prueba la oposicion que sigue despues.

(*f*) L. 1, § 10; L. 4, pr. ad sc. Turpill. (XLVIII, 16). El párrafo 10 menciona dos casos en que no resultan punibles las mujeres: uno cuando se queja, es nula, como hecha sin interés personal; otro, al final del texto, es mucho más general y las mujeres son asimiladas á los menores. La primera mencion es más restringida, pero mucho más precisa; se refiere á una respuesta de Papiniano que se encuentra trascrita L. 4, pr. eod. Así en este último texto es necesario leer en vez de «injuriæ propiæ» «injuriæ *non* propiæ» observacion ya hecha por Cuyas.

(*g*) L. 7, pr. de jurisd. (II, 1).

(*h*) L. 7, § 4, de jurisd. (II, 1) «... si per imperitiam vel rusticitatem... aliquis fecerit, non tenetur.» *Imperitia* significa la ignorancia del derecho y la inesperiencia de los negocios, lo que puede muy bien conciliarse con otro género de cultura intelectual, y por analogía de otros textos se aplica á las mujeres, los menores y aun á los soldados. *Rusticitas* expresa la rudeza y falta de cultura que se encuentran frecuentemente en las clases bajas de la sociedad.

(*i*) L. 25, § 2 de Sc. Silan. (XXIX, 5).

(*j*) L. 3, § 22 de Sc. Silan. (XXIX, 5): «Et si sciens, non tamen dolo aperuit, neque non tenebitur; si forte per imperitiam, vel per rusticitatem, *ignarus edicti prætoris vel Scti.* aperuit.»

(*l*) L. 16, § 5, de publicanis (XXXIX, 4).

(*m*) L. 9, § 5, de minor. (IV, 4); y esto no constituye una excepcion,

El que no comparece á una *in juris vocatio* es condenado á una multa arbitraria, salvo el caso de una falta absoluta de cultura (*n*).

Está prohibido bajo las penas más severas al que escribe un testamento bajo el dictado del testador, escribir él mismo el legado que le concierne. Aquí el error de derecho se admite con más dificultad que en los otros casos (*o*); sin embargo, los soldados están exceptuados de estas penas (*p*) y para las mujeres se admiten excusas tomadas de circunstancias particulares (*q*).

El que contrae matrimonio con una viuda antes de trascurrido el año del luto es declarado infame, y no puede invocar más que la ignorancia del hecho, no el error de derecho (*r*).

Se castigaba al manumitido que se permitiera dirigir una *in jus vocatio* á su patronato. Aquí la falta absoluta de cultura no se admitía como excusa, porque un sentimiento natural de respeto debiera haber detenido al liberto (*s*).

Una ley penal prohibía al tutor casarse con su antígua pupila ó darla en matrimonio á su hijo, no admitiéndose como excusa la *imperitia* ni la *rusticitias* (*t*).

La mujer que olvida hacer que se le nombre un tutor á su hijo es castigada, excepto en el caso de que fuera menor, pero no puede invocar la ignorancia del derecho comun á su sexo, sin duda, porque la naturaleza enseña á las madres la más grande vigilancia respecto á sus hijos (*u*).

El senador que contraia matrimonio con una manumitida, era castigado si lo habia verificado *sciens dolo malo* (*v*). No podia él invocar, naturalmente, la ignorancia de la ley, y sí mejor el error sobre la condicion de la mujer, si en todo caso este error era difícil de evitar y por consecuencia excusable (*w*).

---

porque una vez probado el *dolus* no puede ser alegada la ignorancia del derecho.

(*n*) L. 2, § 1, si quis in jus voc. (II, 5).

(*o*) L. 15, pr. ad L. Corn. de falsis (XLVIII, 10).

(*p*) L. 5, C. de his qui sibi adscrib. (IX, 23). Puede eximirse de la pena, pero el legado sigue siendo nulo.

(*q*) L. 15, § 5, ad L. Corn. de falsis (XLVIII, 10).

(*r*) L. II, L. I, § 4 de his quí not. (III, 2). Estos textos no hablan sino del hombre; la mujer no estaba ciertamente exenta de pena, porque esta prohibicion era nada ménos que de derecho positivo, y las mujeres, mejor que nadie, debian comprender su objeto.

(*s*) L. 2, C. de in jus voc. (II, 2): «nec in ea re rusticitati venia probeatur, cum naturali ratione honor hujusmodi personis debeatur.»

(*t*) L. 1, C. de interdicto matrim. (V, 6).

(*u*) L. 2, C. si adv. del. (II, 35). Véase L. 8, C. qui pet. (V, 31).

(*v*) L. 44, pr. de ritu nupt. (XXIII, 2).

(*w*) L. 6, h. t. La inscripcion de este texto demuestra que se refiere á la prohibicion del matrimonio entre un senador y una manumitida.

XXII.

He hablado hasta aquí de la relacion del error con el *dolus* en lo que concierne á los delitos. Una relacion parecida encontramos en ciertas instituciones en las que el *dolus*, sin constituir un delito, sirve para modificar otras relaciones de derecho: esta semejanza me obliga á ocuparme aquí de dichas instituciones.

En materia de *hereditatis petitio* y de *rei vindicatio*, supuesta la demanda como bien fundada, es necesario distinguir cuidadosamente si el demandado es *possessor bonæ fidei* ó *malæ fidei*, y entre los poseedores de mala fé está comprendido el *prædo*, es decir, el que carece de todo título para justificar su posesion. La buena fé puede resultar de un error de hecho sobre la condicion anterior de la cosa ó de un error de derecho: si aplicáramos al último caso los principios asentados para los delitos (núm. XXI) obtendríamos los resultados siguientes, que son incontestables. Ninguno puede alegar que ignoraba las reglas del derecho sobre la posesion de mala fé y sus consecuencias; pero si el poseedor, ignorando las que son relativas á la adquisicion de la propiedad, se creia sin razon propietario, no es ménos poseedor de buena fé, porque este es un hecho que no podria cambiar el error de derecho cualquiera que, de otra parte, fuera la causa. Hé aquí un texto que establece claramente esta decision de tanta importancia en la práctica:

L. 25, § 6, de hered. petit. (V, 3): «Scire ad se non pertinere, utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, qui in jure erravit? putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat: vel, cum eum alius præcederet adgnatus, sibi potius deferri. Et non puto hunc esse prædonem, *qui dolo caret, quamvis in jure erret.*»

Es preciso notar bien que las reglas tomadas aquí como ejemplos no son complicadas ni están controvertidas, sino que son ciertas y simples: son las formas bien conocidas de los testamentos, y el órden segun el cual los agnados son llamados á la sucesion abintestato. Sin embargo, el que se engaña se estima incontestablemente como poseedor de buena fé. Aquí se presenta con toda claridad lo inútil del principio antes refutado (núm. VIII), segun el cual el error de derecho serviria para evitar un daño y no para procurar un beneficio. Relativamente á la *hereditatis petitio* y á la *rei vindicatio*, la posesion de buena fé tiene dos efectos: evita un daño porque el poseedor de mala fé está obligado á devol-

---

Heinecio, ad L. Jul., p. 442. Lo mismo es necesario decir de la L. 5, h. t. cuyo sentido es este: Para apreciar la culpabilidad del senador ha de mirarse á su ignorancia, pero no á la de la mujer. Véase núm. 1, nota *b*.

ver el valor de los frutos no percibidos y de las cosas dadas ó disipadas (*a*); procura un beneficio porque el poseedor de buena fé se aprovecha del valor de los frutos que ha consumido ó vendido, en tanto que el de mala debe restituirlo (*b*). Además, como segun el texto antes citado, el error de derecho no excluye de ninguna manera la posesion de buena fé, sirve lo mismo para precaver el daño que para procurar el beneficio.

XXIII.

Una cuestion parecida, solo que quizá de más importancia, ocurre sobre la relacion del error con la prescripcion. Dicha relacion puede ser de dos especies; una que afecta al demandante y de la cual hablaré en el núm. XXV al tratar de las omisiones; otra que toca al demandado, y que voy á examinar aquí porque se refiere á un cuasi delito de éste.

El Derecho romano consideraba, en general, la prescripcion como una simple negligencia del verdadero derecho habiente, sin ocuparse del que prescribia. Solo para la *longa temporis pœrscriptio* se exigian las mismas condiciones que para la usucapion, la posesion de buena fé y la existencia de un título. Debemos, pues, aplicar al error, y muy principalmente al de derecho, las reglas establecidas antes acerca del error en materia de usucapion (núm. 15, 16).

Pero el derecho canónico ha establecido con relacion á la prescripcion dos restricciones nuevas é importantes; es necesario para prescribir que la *bona fides* exista y que se continúe durante todo el tiempo de la prescripcion (*a*), en tanto que el Derecho romano, áun en los casos que exigia la buena fé (para la usucapion y la *l, t, prœscriptio*, no la exigia sino al principio de la posesion. En cuanto á la primera de estas reglas es preciso admitir que el derecho canónico, abandonando la fraseología romana, entiende por *prœscripiio* toda clase de modificacion del derecho operada por el tiempo, la usucapion y la prescripcion é independientemente de la *longi temporis prœscriptio*, la prescripcion de treinta años, la más importante de todas; esta última, sin embargo, no en todos los casos, y si segun una sana interpretacion, allí en

(*a*) L. 25, § 2, 4, 11, 15, de hered. petit. (V, 3).
(*b*) § 35, J. de rer. div (II, 1), § 2, J. de off. jud. (IV, 27).
(*a*) C. 5 y C. 20, X, de præscript. (II, 26). El pasaje tomado de Agustin, C. 5, C. 34, *q*, *t*. dice solo que el que ha comenzado á poseer de buena fé, si despues conoce los derechos de un tercero se hace *injustus* ó *m*, *f*, *possessor*. Lo mismo sucede en Derecho romano; pero no llevaba consigo la interrupcion de la prescripcion. Graciano mismo reprodujo el puro Derecho romano (Additio ad c. 15, C. 16, *q*. 3). Así, pues, se debe referir el orígen del nuevo principio á las decretales citadas de Alejandro III é Inocente III.

donde se invoca por el demandado para amparar su posesion (*b*). Así, pues, la mala fé impide la prescripcion, no solo en el caso de la *reivindicatio* y de la *heredittis petitio*; sino en el caso de la *actio commodati depositi*, *locati*, tendiendo á la restitucion de la cosa confiada, porque el demandante ataca solo una posesion injusta, y la mala fé no impide la prescripcion de las acciones ordinarias que se derivan de los contratos ó de los delitos, la prescripcion de la *actio emti* ó de la demanda para la ejecucion de un cambio.

Asentados así los límites de la nueva regla, vamos á examinar con respecto al demandado si la posesion de buena fé y el derecho de prescribir, por tanto, son incompatibles con el error de derecho. No deja de ser singular que esta cuestion, tan vivamente combatida por los antiguos jurisconsultos, no preocupe en poco ni en mucho á los autores modernos.

Segun los principios ya establecidos el error de derecho no excluye la prescripcion, porque la buena fé, único requisito establecido por el derecho canónico, es un hecho que subsiste independienteme de su causa. Si la letra del derecho canónico no excluye la prescripcion fundada sobre un error de derecho, su espíritu no la excluye desde luego. El motivo de esta ley es que se hace preciso ante todo evitar el *pecado*. (Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est); además, no pretenderia nadie que todo error de derecho constituyera necesariamente un pecado. Finalmente, se puede invocar en auxilio de esta doctrina la analogía evidente de la ley 24, § 6, de hered. petit. (núm. XXII), porque si en caso de condenacion el error de derecho no quita al demandado el beneficio de la posesion de buena fé, ¿por qué habria de arrebatarle el de la prescripcion? En apoyo de la opinion contraria se procura hacer valer las razones siguientes:

1.° La prescripcion procura un beneficio al demandante y el error de derecho no tendria nunca este resultado: ya he refutado el principío en sí mismo (núm. 8). Pero independientemente de su valor histórico, se vé aquí cuán poco susceptible es de ser aplicado de un modo seguro. En efecto, la cuestion de saber si por medio de la prescripcion el demandado realiza un beneficio ó evita un daño, queda en la mayoría de los casos indecisa. Realiza un beneficio si está á cubierto de una reclamacion fundada; evita un daño si la prescripcion no hace sino suplir la prueba de un derecho en realidad existente. Por lo demás, este es un punto de ordinario dudoso, siendo una de las principales ventajas del principio de la prescripcion salvar la dificultad.

2.° La analogía de la usucapion impide el error de derecho; pero en materia de usucapion el impedimento que resulta del error de derecho

(*b*) Unterholzner, Verjährungslehere, § 92.

se refiere á la existencia del título, no á la *bona fides* (núm. XV), y para la prescripcion, en general, no se exige título.

La mayor parte de los antiguos autores han adoptado la doctrina que procuro establecer (*c*); los modernos tratan muy pocas veces del asunto para poder formar una opinion general (*d*).

Hay, sin embargo, en la doctrina que combato un elemento de verdad que debemos reconocer. La cuestion de la mala fé, como hecho, se abandona á la apreciacion del magistrado. Si el demandado, segun las pruebas presentadas en el proceso ó áun segun su confesion, conocia todas las circunstancias del hecho, y si para establecer su buena fé invoca solo un error de derecho, este error no se presume y él debe presentar la prueba (véase núm. III). La cuestion queda abandonada á la prudencia del juez, quien deberá tambien tomar en cuenta la persona del demandado (*e*). Bajo esta relacion se puede decir que el poseedor está algunas veces en una posicion ménos favorable para la prescripcion que para la usucapion; pero esta desigualdad perniciosa es solo aparente. La diferencia estriba en que para el caso de la usucapion el poseedor tiene siempre en su favor un título que hace constar su buena fé, salvo la prueba contraria (núm. 15), y no estando nunca reducido á invocar el error de derecho, no se halla colocado en una situacion sospechosa ni, por tanto, desfavorable.

Todo cuanto he dicho acerca del error con respecto á la prescripcion se aplica á la prescripcion extraordinaria ó de treinta años, puesto que esta no tiene otra base que la que la simple prescripcion unida á la posesion de buena fé (*f*). Además, como el derecho canónico exige ya la buena fé para la simple prescripcion, las condiciones de hecho para que esta se cumpla y para la prescripcion de treinta años son idénticas, lo que he dicho de la primera se aplica necesariamente á la segunda.

XXIV.

Me resta ocuparme de las consecuencias del error con relacion á las simples omisiones. Debo desde luego reconocer la regla gene-

---

(*c*) Gilken, de usucapione, P. 2, membr. I, cap. 3, núm. 8 y sig. trata la cuestion con profundidad, declarándose por la opinion aquí adoptada, la cual, por el número de autores que cita debe considerarse como una *communis opinio*.

(*d*) Rave, de præscriptione, § 56, se declara por mi opinion, que es á su vez combatida por Lüder Mencken. An requiratur *b*, *f*, in præscript. actionum personalium. Lips. 1692. Thes. 4.

(*e*) Gilken, I, c. núm. 19.

(*f*) L. 8, § I, de prascript. XXX (VII, 39).

ral que, aquí más que en otra parte, ha sido frecuentemente desconocida. En principio, el error no protege contra el perjuicio resultante de una omision, ni directamente ni por via de restitucion, sino solo en ciertos casos especiales y excepcionales; y aun en estos no se admite el error ocasionado por una gran negligencia, es decir, que en general no se admite el error de derecho. Hé aquí los diferentes casos en que el error se nos presenta como causa de una omision:

I. La *Bonorum Possessio* debe ser aceptada en el término de un año ó de cien dias bajo pena de caducidad; pero si la persona llamada deja trascurrir el plazo por ignorancia, ¿qué habrá de decidirse? Como no conocemos los términos del edicto, debemos referirnos á otra institucion del antiguo derecho romano. Estaba en uso instituir los herederos *cum cretione* y, de ordinario, se empleaba la siguiente fórmula: «Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, *quibus scieris, poterisque* (*a*).» El edicto sobre la *Bonorum Possessio* contenia sin duda estas expresiones ú otras equivalentes, de modo que el plazo comenzaba á contarse solo desde el momento en que el llamado conocia la muerte y su título de posesion, el testamento, parentesco, etc. (*a'*). Si la omision resultaba de un error de hecho, el llamado se encontraba protegido por la letra misma de la regla, y de este modo excusaba toda proteccion artificial (núm. II). Pero tal proteccion reservada para el error de hecho, no se extendia al de derecho (*b*); la verdad de este principio se muestra en las dos aplicaciones de que es susceptible. Así, el llamado que deja pasar el plazo pierde la sucesion, sea que ignorase la existencia del plazo, sea que conociendo su parentesco se hubiere engañado acerca del órden de las sucesiones; por ejemplo, si un agnado lejano del difunto se creyera excluido por un próximo cognado.

Hay dos excepciones á esta regla en favor de la *rusticitas* y de la menor edad; si pues la ignorancia del llamado procede de una falta absoluta de cultura, su omision no le perjudica, es decir, que puede hacerse restituir (*c*). Los menores pueden tambien hacerse restituir

---

(*a*) Esto se llamaba *cretio vulgaris*. Ulpiano XXII, § 27, 31, 32; Gayo, lib. 2, § 165, 171-173. Condiciones de este género, la adicion en un tiempo determinado, pueden tambien, segun el nuevo derecho, presentarse en un testamento (L. 72, de adqu. her. XXIX, 2). La cuestion de saber si el término corto del dia de la muerte ó del que el heredero ha conocido la condicion es una cuestion de hecho que cae bajo la interpretacion del testamento. El texto original de la L. 65. de adqu. her. (XXIX, 2) se referia sin duda al caso de una *cretio vulgaris*, y esto texto ha sido intercalado por la sustitucion de *aditionis* por *cretionis*.

(*a'*) L. 5, pr. quis ordo (XXXVIII, 15); «... est per singulos dies *et scierit et potuerit* admitere.»

(*b*) L. I, § 1-4, h. t.; L. 3, C. h. t.; L. 10, de bon. poss. (XXXVII, 1); L. 6, C. qui admitti (VI, 9),

(*c*) L. 8, C. qui admitti (VI. 9). «... sciat tibi non obesse, si per rusticitatem vel ignorantiam facti, vel absentiam, vel quamcumque aliam rationem intra praefinitum tempus bonorum possessionem minime pe-

contra una omision parecida (*d*); por consecuencia á pesar del error de derecho que, en general, no les es imputable (núm. XXX).

II. Respecto al antiguo: *spatium deliberandi* no habia necesidad de una proteccion particular para el caso del error, porque de ordinario no se concedia este término sino por la demanda del heredero llamado, quien desde entonces conocia necesariamente sus derechos á la sucesion. En el nuevo derecho se unió un derecho especial de trasmision á la facultad de deliberar. Esta facultad duraba un año, á contar desde el instante en que el llamado ha tenido conocimiento de la apertura de la sucesion (*e*).

III. De igual modo, una ley posterior de Justiniano ordenó al heredero que quisiera precaverse contra toda pérdida, comenzar á hacer el inventario en el plazo de treinta dias, añadiendo expresamente que este plazo comenzaba desde el dia en que el heredero conocia el testamento ó la sucesion (*f*); exceptuando á los soldados á los cuales no se les podia oponer la espiracion del plazo (*g*).

XXV.

IV. La aplicacion más importante del error á las omisiones; toca á la prescripcion de las acciones, á la cual se puede unir la prescripcion de la restitucion, bien que ésta no deba ser considerada como una *actio* romana. Además, ¿se puede intentar una accion prescrita diciendo que se ha dejado pasar el término por ignorancia de su derecho? Esta cuestion se presenta bajo una doble faz: toda prescripcion se cumple despues de un cierto plazo, cuyo punto de partida se trata de determinar: y puede ser un acontecimiento anterior, ó bien el momento en que el demandante tiene noticia del hecho, lo que puede suceder mucho más

---

tiisse noscatur; quoniam hæc sanctio hujusmodi consuetudines necesitatem mutarit.» Al menos no hay aquí repeticion ociosa, *rusticitas* se refiere al error de derecho, como en la mayor parte de los textos. *Quæcumque alio ratio* significa toda suerte de impedimento exterior equivalente á la ausencia, por ejemplo, la cautividad en el propio domicilio ó una grave y larga enfermedad. Las últimas palabras del texto indican un cambio en el derecho, abrazan el error de derecho por causa de *rusticitas* y los obstáculos exteriores de que acabamos de hablar, porque aun antiguamente el error de hecho se admitia como una excusa (nota (*b*).

(*d*) L. 2, C. de in int. rest. min. (II, 22).

(*e*) L. 19. C. de j. delib. (VI, 30).

(*f*) L. 22, § 2, C. de j. delib. (VI, 30). «ut intra triginta dies post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandas, exordium capiat inventarium.»

(*g*) L. 22, § 15, eod.

tarde. Aquí ya se muestra una influencia posible del error. Pero aun haciendo depender el principio de la prescripcion de un acontecimiento anterior, el que hubiere dejado pasar el término podria, en caso de error, obtener una proteccion extraordinaria, por via de restitucion, como hemos visto sucedia en otros muchos casos.

Así desde luego la prescripcion de la accion comenzaba á partir desde el acontecimiento exterior, es decir, desde el instante de la violacion del derecho, ó bien en el momento en que el demandante tiene conocimiento de esta violacion (*a scientia*)? Segun la analogía aparente de la *Bonorum Possessio* (núm. XXIV), se podria admitir el último punto de partida; pero un exámen más detenido nos demuestra la diferencia esencial de ambos casos.

Los plazos, muy cortos, de la *Bonorum Possessio* tenian por objeto el que fuera prontamente conocido el heredero verdadero. Hacer que comenzasen estos plazos en el momento en que el llamado conocia la apertura de la sucesion, no contraría de ningun modo dicho objeto, porque las personas interesadas en la decision de esta cuestion advertian al llamado y hacian que el plazo corriese. La prescripcion de las acciones tiene por fin, contribuyendo á una buena y pronta justicia, hacer que cese la incertidumbre sobre el derecho. Colocar como punto de partida del plazo el conocimiento del demandante seria ir contra este fin, porque nadie tiene interés en advertirle. En efecto, siendo sus derechos de ordinario evidentes ó, al ménos, dudosos, el demandado debe desear que se evite toda discusion. La accion bienhechora de la prescripcion se encontraria en gran parte anulada si, para hacerla correr, fuera necesario probar el conocimiento del demandante. Añado más, y es que éste, si velaba por sus derechos, pudo conocer la violacion y merece se le acuse de negligencia cuando deja cumplir la prescripcion, aun cuando hubiese ignorado la violacion de su derecho. El heredero pretoriano, por el contrario, no está obligado á enriquecerse con una *Bonorum Possessio*, frecuentemente accidental y de todo punto imprevista; y es conforme á la naturaleza de la prescripcion referir su principio á un acontecimiento exterior, sin tener en cuenta el conocimiento del demandante. Tambien las leyes generales sobre la prescripcion consideran como una circunstancia indiferente la ignorancia del demandante (*a*); evidentemente la ignorancia del derecho, es decir, de las reglas relativas á la prescripcion, no podria tener aquí influencia alguna (*b*).

(*a*) L. 12, C. de præscrip. longi temp. (VII, 35). «... nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur ocasio.» En materia de procedimiento, los plazos tienen un carácter diferente y corren siempre desde el momento en que la parte tiene conocimiento del hecho que le ha obligado á obrar.

(*b*) L. 3, C. de præscript. XXX (VII, 39). «... Post hanc vero temporis definitionis nulli movendi ulterius facultatem competere censemus

XXVI.

Una duda podria surgir relativamente á la clase muy numerosa de las acciones con *utile tempus*, esto es, sometidas á una prescripcion de un año ó de una prescripcion más corta: Para calcular el *utile tempus* se contaban solo los dias en que el demandante podia intentar su accion (*quibus experiendi potestatem habebat*); y no contándose los otros dias, el plazo se prolongaba literalmente en todos los así quitados (*a*). Esto supuesto se pregunta si el demandante no estaba en la imposibilidad de obrar cuando ignoraba la violacion de su derecho. Reasumiendo los textos del derecho romano se obtiene la siguiente respuesta: en principio el demandante no está en la imposibilidad de obrar, porque hay muchos casos en los cuales, con una vigilancia suficiente, habria podido conocer la violacion de su derecho y un número todavía mayor en donde esto resulta dudoso. En atencion á esto se aplicaba la regla general aun á la prescripcion de un año. Es evidente que hay ciertos casos excepcionales en que el descubrimiento de la violacion del derecho es de tal manera difícil para el demandante que la dificultad equivale á un imposible. Si pues el demandante justifica tales circunstancias, el plazo de la prescripcion comienza, por excepcion, desde el dia que tuvo conocimiento. Hemos visto casos en los cuales la ignorancia se invoca válidamente, á ménos que no resulte de una grave negligencia. Para las acciones con *utile tempus* se debe, por el contrario, establecer que la ignorancia era imposible de evitar. Los numerosos casos en que esta cuestion de hecho permanece indecisa, aprovechan de ordinario al que invoca la ignorancia; aquí aprovechan á su adversario. Así, pues, la prescripcion anual se trata de muy otro modo que el plazo para la Bonorum Possesio (núm. XXIV) (*b*).

El principio que acabo de establecer no fué nunca asentado de una manera general por los romanos; y lo encontramos en aplicaciones par-

---

etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit.» Rigurosamente hablando, esta adicion era inútil; pero se la pudo creer necesaria porque el principio tan importante de una prescripcion general era una cosa nueva, extraña al antiguo derecho.

(*a*) L. 1, de div. temp. præscr. (XLIV, 3).

(*b*) V. el Sistema § 190. Ambos casos son asimilados sin razon en Burchardi Wiedereinzetrung, p. 188.—Arndts. (Linde's Zeitschrift, tomo 14, p. 31) se acerca á mi opinion; pero en lugar de asentar como lo hago aquí la regla y la excepcion, lo abandona todo á la prudencia del juez, y parece inclinarse á colocar la regla donde yo coloco la excepcion.

ticulares de un modo más ó ménos explícito; de suerte que debemos completar los textos ménos formales con los más completos, porque ambos descansan en una misma idea. El punto capital, á saber, que las prescripciones anuales eran contadas á partir desde el hecho exterior, no del conocimiento, es por todos formalmente establecido, y las acciones, de otra parte muy raras, no se mencionan sino en muy pequeño número de textos. Pero como estos últimos exponen el conjunto de la teoría de la manera más completa, voy á enumerarlos aquí.

A. El *interdictum quod vi aut clam* dura un año á partir desde el atentado injusto, y no solo desde que tuvo conocimiento quien sufria la lesion, salvo el caso en el cual el atentado fuese de tal naturaleza, que el demandante no pudiese conocerlo sino por casualidad (*c*). El texto relativo á este caso es el más claro y ámplio de todos, y podemos servirnos seguramente de él para completar las decisiones ménos explícitas.

B. La accion penal de *calumnia* tenia lugar principalmente en el caso de que cualquiera hubiera dado dinero á un tercero á condicion de que este intentase contra mí una demanda injusta. Esta accion dura un año á partir, no de la convencion ilícita, sino desde el instante en que tiene conocimiento de ella (*d*). Aquí la excepcion se convierte en regla, diferencia que se explica suficientemente por la naturaleza especial del caso. En efecto, este pacto fraudulento me es necesariamente desconocido, en tanto que no se me revela por su ejecucion ó por cualquiera circunstancia accidental. Si se decidiera de otro modo se llegaria al resultado absurdo de que se podria siempre evitar la pena por medio de una simple precaucion: bastaria á los culpables guardar el secreto de su convencion, y esperar para ejecutarla la espiracion del año.

C. Las acciones edilicias prescribian, ya por un año ya por un plazo

---

(*c*) L. 15, § 4, 5, quod vi (XLIII, 24). «Annus autem cedere incipit, ex quod id opus factum perfectum est, aut fieri desiit... (§ 5). Sed si is sit locus in quo opus factum est, qui facile non adicetur, utputa in sepulcro vi aut clam factum est, vel inabdito alio loco, sed et si sub terra fieret opus, vel sub aqua, vel cloaca alequip factum sit, etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo quod factum est, *nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est magna et justa causa ignorantiæ interveniante.*

(*d*) L. 6, de calumniatoribus (III, 6). «... In illius vero personam, cum quod ut agatur alios pecuniam dedit, dubitasi potest, utrum ex die datæ pecuniæ numerari debeat, anpotius ex quo cognovit datam esse, quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere: *et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit.*» Las palabras *qui nescit*, etc., se aplican al caso especial de la *calumnia*, y no expresan la regla general de un *utile tempus* para toda suerte de prescripcion. Podemos extender esta regla á los casos del mismo género, pero no como Mühlenbruch, p. 366, á todas las quejas sobre un *factum alienum*, lo cual impediria todas las acciones resultantes de un delito. Además, la mayor parte de los delitos afectan á nuestros derechos de un modo tan sensible, que es falta nuestra el ignorarlos.

más corto. La prescripcion comenzaba desde el momento en que el contrato habia sido concluido (*e*), no desde aquel en que el comprador conocia el vicio de la cosa. Esta regla se aplica aún al caso que podria parecer dudoso, en que el esclavo, objeto de la venta, tuviera la costumbre de fugarse (*fugitivus*) (*f*): únicamente se admitia la excepcion, cuando dicho vicio habia sido hábilmente disimulado; tal seria la buena conducta aparente del esclavo, si el comprador no habia dado pruebas de negligencia omitiendo tomar informes (*g*).

D. La *doli actio* que prescribia otras veces pasado un *annus utilis*, prescribia ahora por dos años consecutivos (*continui*): este término comienza desde el momento en que el fraude se comete, y no desde que era conocido (*h*). Los términos de la última disposicion prueban evidentemente la intencion de un cambio que se intentaba introducir, cuyo sentido era el siguiente: el término debia siempre contarse á partir desde el momento en que se cometia el fraude; pero en lugar de admitir como para las otras acciones una excepcion cuando el fraude habia sido ocultado hábilmente, la regla era absoluta (*i*).

E. El plazo de la restitucion duraba otras veces un año, que se contaba para los menores desde el dia de su mayor edad (*k*); para los ausen-

---

(*e*) L. 19, § 6, de ædil. act. (XXI, 1).

(*f*) L. 2, C. de ædil. act. (IV, 58). A la verdad este texto habla de la fuga de un esclavo como de un hecho aislado, y no como la costumbre culpable del *fugitivus*. Sin embargo, en este último sentido es en el que hay que tomarlo, porque rechaza la accion, no como mal fundada, sino como perdida.

(*g*) L. 55, de ædil, act. (XXI, 1) «... non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi *latens* ignoravit: non idcirco tamen *disolutam ignorationem* emtoris excusare oportebit.» Aquí, para admitir la imputacion más favorable, se exígen dos condiciones: es necesario que la costumbre culpable del esclavo no sea fácil de suponer (*latens*), y además, que el error del comprador se justifique racionalmente. Tal vez la segunda proposicion no sea sino la primera reproducida en otros términos, lo que tampoco cambiaria mucho el sentido del texto. La contradiccion de esta ley con la citada en la nota *f*, no puede evitarse sino por la interpretacion que he dado. Haubold, opuscula, t. I, p. 429, 430.

(*h*) L. 8, C. de dolo (II, 21), es decir, L. I, C. Th. de dolo (II, 15). «Optimum duximus, *non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit*, neque intra anni utilis tempus, *sed potius ex eo die, quo adseritus commissus dolus* intra continuum biennium actionem moveri...»

(*i*) La última prescripcion quizá parezca muy dura, pero guarda armonía con el resto de la ley, que, por una disposicion sin ejemplo, no da sino dos años para intentar la accion y aun para terminar el proceso. La dureza de esta ley se halla favorablemente modificada en la práctica, porque la *actio in factum* dura treinta años, si el fraude ha aprovechado á su autor. Leyes 28 y 29, de dolo (IV, 3).

(*k*) L. 19, de minor. (IV, 4).

tes desde el de su vuelta, y tanto para unos como para otros sin respecto alguno al conocimiento de sus derechos. Esta disposicion se aplica naturalmente al plazo de cuatro años establecido por el nuevo derecho (*l*).

F. La *actio Pauliana* dura un año, que se cuenta á partir desde la enagenacion fraudulenta verificada por el deudor, y no desde el momento en que el acreedor tuvo conocimiento de ella (*m*).

G. La persecucion á consecuencia de la *Lex Julia de adulteriis*, prescribia á los cinco años para las personas de ambos sexos, contándose desde el momento en que el crímen se cometia, y además, seis meses para las mujeres. Dichos seis meses eran *utili tempus*, y sin embargo, comenzaban para las viudas á partir del delito; para las mujeres casadas desde su separacion, y siempre así, independientemente del conocimiento que tuviera la persona que intentaba el procedimiento (*n*).

En los casos en que se admitia una computacion más favorable excepcionalmente, se podia demandar si argüia pleno derecho ó se hacia por medio de una restitucion. Los términos en que se expresan muchos textos (notas *d* y *g*), parecen establecer la primera opinion, que de otra parte se concilia muy bien con una instruccion prévia del pretor (nota *c*). Por lo demás, la necesidad de una restitucion no se hacia sentir, porque el punto esencial de la restitucion es el límite de un año, y aquí el año de la restitucion concluiria al mismo tiempo que la prescripcion anual, pues ambas comienzan á contarse desde el momento en que se comete el delito. Pero es necesario convencerse de que, fuera de las excepciones antes enumeradas, no se podria obtener nunca la restitucion contra la prescripcion anual alegando un error no invencible. Cualquiera que examine sin prevencion los citados textos, no acertará á ver aqui una parecida restitucion, independientemente de los casos en los cuales la computacion favorable era admitida; fué esta una distincion demasiado sutil y poco práctica para que podamos atribuirla á los jurisconsultos romanos.

De otra parte, todo cuanto acabo de decir se aplica únicamente á los casos en que el error solo impide el ejercio de la accion; pero si el demandado es desconocido ó no se le puede atacar porque ha huido ó se

---

(*l*) L. 7, C. de temp. in int. rest. (II, 53).

(*m*) L. 6, § 14; L. 10 § 18, quæ in fraud. (XLII, 8).

(*n*) L. 29, § 5, ad L. Jul. de adult. (XLVIII, 5): L. 1. § 10, ad Sc. Turp. (XLVIII, 16). Para las viudas los cinco años eran siempre absorbidos por los seis meses; durante la duracion del matrimonio, una de estas prescripciones podia ser más ventajosa que la otra, y la mujer tenia la eleccion: L. 29, § 5 citado.—Por lo demás, todo esto pertenecia al antiguo derecho: más tarde se abolió la prescripcion de los seis meses, y no se dejó subsistir más que la de los cinco años. L. 28, C. ad L. Jul. de adult. (IX, 9).

oculta, entonces hay una imposibilidad real é independiente del error, que impide absolutamente el *utile tempus* (o).

XXVII.

He demostrado que la prescripcion se cuenta á partir desde el acontecimiento exterior que da lugar á la accion, independientemente de la ignorancia en que pueda hallarse el demandante bajo este respecto; y esta regla, siempre aplicable á las prescripciones con *tempus continuum*, lo es igualmente á las con *utile tempus*, salvo una rara excepcion (núm. XXV, XXVI). Queda ahora la cuestion de saber si el que por ignorancia ha dejado pasar el término de la prescripcion puede hacerse restituir. Una restitucion análoga, importante para las prescripciones anuales allí donde no tenia efecto la excepcion favorable, lo seria aún mejor para las restantes en las que no se admitia ninguna.

Dicha cuestion se presenta bajo una doble faz, porque la restitucion podria ser concedida en razon del error ó de la ignorancia en sí, ó en razon de otros motivos generales que vendrian á anular el perjuicio causado por el error.

Así, en primer lugar, el demandante puede ser restituido por haber dejado pasar el término de la prescripcion por ignorancia del derecho? Si los principios que he asentado son verdaderos, la negativa no puede ser dudosa. En efecto, la restitucion anularia los beneficios de la prescripcion tanto como el modo de computacion antes combatido (número XXV). Esta doctrina resulta aún más clara por la forma con que el derecho romano considera la preseripcion anual con *utile tempus*. Si he demostrado que en este caso no tiene lugar la restitucion á causa de la ignorancia (núm. XXVI), con mayor razon no se deberá admitir en el caso de las prescripciones más largas con *continuum tempus*.

Sin embargo, muchos autores recomendables adoptan el principio de la restitucion, unos de una manera absoluta, otros exceptuando la prescripcion de 30 años (*a*). Dichos autores no se refieren, como yo lo he hecho, á la cuestion en su conjunto respecto al sujeto, sino que su-

---

(o) L. I de div. temp. præscrip. (XLIV, 3). Así, por ejemplo, la *actio vi bonorum raptorum* no dura sino un año (L. 3, 4, pr. vi bon. rapt. (XLVII, 8). Si los ladrones han emprendido la fuga, la prescripcion no corre. Lo mismo sucederia para la *actio furti* en el caso más frecuente, en que el ladron es desconocido si esta accion no duraba treinta años.

(*a*) Cocceji, lib. IV, tít. 6, qu. 1; Thibaut Besitz und Verjæhrung, § 73; Unterholzner, Verjæhrunglehre, § 137, núm. 4; Burchardi Wiedereinsetzung, p. 118. La opinion contraria ha sido muy bien defendida por Emminghaus con motivo del pasaje citado de Cocceji, ed. Lips. 1791.

ponen que tácitamente la restitucion se aplica en general á todos los casos de error posibles. Para destruir esta suposicion, que no se ha procurado justificar nunca, baste referir, como lo he demostrado antes (núm. II), que la restitucion por causa de error no es de ningun modo un medio de derecho general, sino un recurso especial concedido en ciertos casos rigurosamente determinados. Esta proposicion es inseparable del principio fundamental que he establecido respecto al error (núm. VI), y debe vivir ó ser destruida con el mismo principio.

En segundo lugar, el demandante que por ignorancia ha dejado se cumpla una prescripcion, ¿puede invocar las causas generales de la restitucion, menor edad, ausencia, etc? La afirmacion no seria dudosa de ningun modo, vista la naturaleza de las causas citadas, si no hubiera sobre esta cuestion las disposiciones legales especiales que paso á enumerar.

A. Si la accion se refiere al *peculium adventitium ordinarium*, no teniendo ninguna influencia sobre el ejercicio de sus derechos aquel á quien el peculio pertenece, en tanto que continúa en la misma situacion, la prescripcion se suspende *ipso jure*; no hay desde este momento necesidad de restitucion, é importa poco que la accion esté sometida á una prescripcion anual ó de 30 años (*b*).

B. Si el que tiene el derecho es un impúbero, la prescripcion se suspende del mismo modo hasta la época de la pubertad (*c*).

C. En el caso en que el poseedor del derecho es un menor, se aplica la misma regla, pero con una restriccion: para todas las prescripciones menores de 30 años sus efectos se suspenden, y así el menor no tiene necesidad de restitucion (*d*).

Para todos los casos restantes es necesario distinguir entre la prescripcion de 30 años y las prescripciones más cortas, de modo que la prescripcion de un año y la de 20 se colocan en una misma línea. Para la de 30 años estí absolutamenae prohibida la restitucion, habiendo aquí una derogacion positiva de las reglas generales del derecho. Para las prescripciones menores de 30 años no existe ninguna disposicion especial, y por esto los principios generales sobre la restitucion deben aplicarse sín límite alguno: la primera de ambas proposiciones ha sido

---

(*b*) L. 1, § 2, C. de annali except. (VII, 40).
(*c*) L. 3, C. de præscr. XXX (VII, 39).
(*d*) L. 5, C. in quib causis (II, 41). Voet. IV, 4, § 29, pretende que bajo esta relacion los menores deben asimilarse á los impúberos, porque unos y otros están sometidos á la tutela. Pero ésta no les impide de ningun modo tomar por sí mismos conocimiento de sus negocios. Desde Justiniano, los menores, aunque sus bienes fuesen administrados por curadores, no estaban menos sometidos á la prescripcion de 30 años.

vivamente controvertida (*e*), pero no así la segunda. Por esto los que serian restituidos de todo perjuicio, principalmente los menores, no lo son contra la prescripcion de 30 años. Tenemos la prueba de esto en la L. 3, C. de præscr. XXX (VII, 39): «non sexus fragilitate, non absentia, non militia *contra hanc legem defendenda*, sed pupillari ætate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, *hinc eximenda sanctioni*. Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, *necessario* eis similiter ut aliis, *annorum trigenta intervalla servanda sunt*.»

Hé aquí el sentido de este texto: la prescripcion de 30 años se suspende *ipso jure*, sin que haya necesidad de restitucion en favor de los impúberos (huic *eximenda* sanctioni) (*f*). Ningun otro puede hacerse restituir contra esta prescripcion (contra hanc legem *defendenda*), y menos aún sustraerse *ipso jure*: bajo esta relacion los menores se asimilan por completo á las mujeres, ausentes y soldados. Si no tuviésemos más que la oposicion literal de *eximenda* et *defendenda*, esto no seria un argumento decisivo para una ley del siglo V, porque el redactor habria podido considerar esta variedad de frases como una exigencia de la elegancia del estilo: no obstante, hay muchos motivos para atribuir á dichas expresiones el sentido que les he dado. Desde luego el legislador desea evidentemente establecer una limitacion clara entre los impúberos y los menores; además, entre la liberacion *ipso jure* y por vía de restitucion, hay una diferencia menor que entre la liberacion y la no liberacion. El legislador no podia, pues, apoyarse sobre esta diferencia menor, y pasar en silencio otra dudosa, ni decir que los menores estaban rigurosamente sometidos á la prescripcion de 30 años, si les hubiese sido dado escapar de esta prescripcion por medio de la restitucion. De otra parte, se ve por el conjunto del texto que el legislador ha querido introducir una disposicion nueva no prevista, una regla que sin esta ley no existiria. Lo que decimos concuerda perfectamente con mi interpretacion, porque las mujeres, los menores, etcétera, tenian derechos incontestables á la restitucion, derechos que habrian de seguro hecho valer contra la prescripcion de 30 años si la restitucion no les hubiera estado formalmente prohibida: los términos de la ley no se prestan á otra interpretacion. En efecto, ¿cómo hubieran querido sustraerse *ipso jure* á la prescripcion de 30 años las mujeres,

---

(*e*) La opinion que adopto aquí es la que sostiene Thibaut, Besitz und Verjæhrunglehre, § 136, y combatida por Burchardi Wiedereidsetzung, pág. 136.

(*f*) Si solo los impúberos se exceptúan *ipso jure*, y no se trata de los filiusfamilias (nota *b*), se explica históricamente: la ley citada en el texto es de Teodosio II, y la exencion de los filiusfamilias fué introducida por Justiniano.

los menores, etc., en tanto que para librarse de otras más cortas hubieran á su vez tenido siempre necesidad de la restitucion? (*g*)

Digo, pues, que para todas las prescripciones de 30 años se podia hacer valer cualquiera restitucion fundada, y que así se evitaba el perjuicio producido por la ignorancia, sin que esta fuese, sin embargo, una causa de restitucion. No he de defender esta proposicion contra los autores, pero procuraré mostrar que estaba reconocida y que frecuentemente la vemos aplicada por las fuentes. Observo desde luego que los textos en que las mujeres, los menores, etc., se hallan libres de la prescripcion se aplicaban á la restitucion, aun cuando no fuere expresamente nombrada (nota *g*). Hé aquí ahora los diferentes casos de los cuales hacen mencion las fuentes:

1.° El ausente cuyos bienes ha vendido el fisco puede reclamarlos oponiendo su ausencia á la prescripcion de cuatro años (*h*).

Puede oponerla igualmente contra la prescripcion de una accion pública (*i*).

Contra la prescripcion anual del interdicto *quod vi* (*k*).

Contra la *longi temporis præscriptio* (*l*).

2.° El ejercicio de las funciones públicas, aun cuando independientemente de la ausencia, impide que corra la prescripcion de la *doli actio* (*m*).

3.° El que teniendo una accion contra un impúbero la dirige contra

---

(*g*) Burchardi, p. 136, pretende, por el contrario, que los ausentes y los soldados gozaban frecuentemente de tales exenciones *ipso jure*, alegando como prueba diversos textos que no habían expresamente de la restitucion. Pero es muy mal sistema de interpretacion buscar en cada texto una prueba vaga, sobre todo en los rescriptos, una regla de derecho aislada, cuando dichos textos se refieren tan naturalmente á un principio ya conocido. De otra parte, entre estas personas exceptuadas se encuentran las mujeres, y para ellas no ha podido encontrar Burchardi ni aun la apariencia de una exencion *ipso jure*.

(*h*) L. 5, C. de rest. mil. (II, 15): «Neque .. præscriptionem quadrienni *obesse* manifestum est,» precisamente á causa de la restitucion que las palabras omitidas designan de una manera formal. Burchardi, p. 136 aplica este texto á la exencion *ipso jure*; pero el título entero habla de la restitucion.

(*i*) L. 44. pr. ex quibus causis maj. (IV, 6): «...non perimitur» es decir, por medio de la restitucion de la cual ha hablado en todo el título.

(*k*) L. 15. § 6, quod vi (XLIII, 24).

(*l*) L. 1, 2, 4, 6, 8, C. quibus non objicitur (VII, 35). Muchos de estos textos designan claramente la restitucion y otros de un modo más vago; pero esta diferencia accidental de expresiones no justifica de ninguna manera una interpretacion diversa de estos rescriptos cuyo fondo es esencialmente idéntico. La L. 8 cit. se reproduce además en el Código, L. 5, C. de rest. mil. (II, 51).

(*m*) L. 3, C. de dolo (II, 21).

un *falsus tutor* y la deja prescribir tiene la eleccion entre la restitucion y un recurso contra el tutor. La restitucion no se le niega nunca; el recurso no se puede intentar á no ser que el tutor estuviese in *mala fide* (*n*).

4.º Los menores habrian tenido esta restitucion si Justiniano los hubiese tratado más favorablemente todavía suspendiendo la prescripcion *ipso jure* (*o*). Antes de esta ley tenian ciertamente la restitucion, del mismo modo que los impúberos antes de la ley de Teodosio.

5.º Las iglesias debian ser restituidas *adversus lapsum temporis* (*p*). Pero como en general estaban asimiladas á los menores (*q*), en tanto la prescripcion se suspendía *ipso jure* en tanto no tenian ni aun el recurso de la restitucion. Así, pues, la de que acabo de ocuparme se aplica, no á la prescripcion sino á otras caducidades, principalmente en materia de procedimientos (*r*). Así, pues, la restitucion contra la prescripcion no tiene, en general, sino aplicaciones muy limitadas, dando lugar la ausencia á la mayoría de ellas; es decir, la ausencia del demandante y demandado tambien. A la verdad, para las acciones anuales con *utile tempus*, la restitucion no era nunca necesaria, porque vista la falta del *experiendi potestas* los dias de la ausencia no se contaban; para las prescripciones de 2, 4, 5, 10 y 20 años esta restitucion podia ofrecer un recurso importante y equitativo.

XXVIII.

Voy á reasumir los resultados hasta aquí obtenidos. El que ha dejado pasar el plazo de la *Bonorum Possessio* puede invocar el error de hecho, no el de derecho, salvo el caso de una falta absoluta de cultura (núm. XXIV). La prescripcion de las acciones comienza, en general, desde el momento en que la accion aparece, sin atender para nada al conocimiento que el demandante puede tener de su derecho (núm. XXV).

(*n*) Las L. 1, § 6, L. 7, pr. quod falso (XXVII, 6) contienen el principio de dos acciones alternativas. La L. 10, cod. nos muestra la aplicacion del recurso contra el tutor á consecuencia de una prescripcion incoada. La restitucion contra la prescripcion de la demanda no es ya dudosa; los antiguos jurisconsultos no hacen mencion especial de ella, porque en su tiempo se confundia con la restitucion contra la realizacion de las acciones.

(*o*) V. n. *d*. Esto nos explica por qué se habla rara vez de dicha restitucion en el Digesto. no la encuentro mencionada sino una vez. L. 15, § 6, quod is (XLIII, 24).

(*p*) Clem. un. de restit. (I, II).

(*q*) C. I. 3. X, de int. rest (II, 41).

(*r*) Unterholzner, Verjœhrumgslehre, § 136.

Este principio sufre excepcion en las acciones anuales, con tal, sin embargo, de que segun las circunstancias el demandante probara que su error era invencible (núm. XXVI). Además, hay diversas personas que son protegidas *ipso jure* y sin restitucion contra la prescripcion de las acciones, por consiguiente contra el error que pueda existir: son los *filiifamilius* y los impúberos en general, y los menores para toda prescripcion que no llegue á tres años. Finalmente, la restitucion ordinaria se admite contra las prescripciones menores de 30 años: contra la prescripcion de este plazo no hay nunca restitucion (núm. XXVII).

XXIX.

He considerado sucesivamente los casos más notables de omisiones en que el error puede tener influencia (núms. XXIV, XXV y sig.) Ahora me restan por examinar los siguientes:

V. En el antiguo procedimiento, el que introduciendo una accion olvidaba presentar las piezas justificativas de la demanda, no podia usarla despues. Los menores, las mujeres y los hombres faltos de cultura podian hacerse restituir contra este perjuicio (*a*).

VI. Segun el antiguo procedimiento, el que olvidaba presentar una excepcion perentoria podia, en general, hacerse restituir si se trataba de una excepcion dilatoria, la cuestion era controvertible (*b*).

VII. La mujer embarazada que, despues de la disolucion de su matrimonio, no llenaba las formalidades exigidas en la prevision del alumbramiento, no era castigada si ha obrado por ignorancia (*c*).

VIII. El heredero que no persigue criminalmente á los asesinos del difunto, pierde sus derechos á la sucesion y no recobra ni aun los créditos que la sucesion habia extinguido. Si ignoraba el crímen obtenia la restitucion de sus créditos, pero no perdia menos sus derechos á la sucesion (*d*).

IX. Cuando un testamento ordena el cumplimiento de una condicion dentro de cierto plazo y una disposicion legal hace diferir la apertura del mismo, el heredero ó el legatario que han dejado pasar el plazo por no conocer la condicion pueden optar á la restitucion (*e*).

(*a*) L. I, § 2-5, de edendo (II, 13). V. Schulting enarratio, lib. 2. título 13, § 13: Burchardi Wiedereinsetzung p. 184. Este texto ha sido falsamente interpretado en Noodt, ad Pandectas II. 13.

(*b*) Gayo, lib. 4, § 125. V. Burchardi Wiedereinsetzung, p. 185.

(*c*) L. 2, § I, de inspic. ventre (XXV, 4).

(*d*) L. 8, 17, de his quæ ut ind. (XXXIV, 9); L. 29. § 1, 2, de j. fisci (XLIX. 14); L. 21, § I, de Sc. Silan. (XXIX, 5). V. Burchardi Wiedereinsetzung. p, 390.

(*e*) L. 3, § 31, de Sc. Silan. (XXIX, 5). V. Burchardi Wiedereinstzung p. 185.

X. Finalmente, en principio, y sin que haya necesidad de la restitucion, el término del procedimiento corre solo desde el instante en que la parte ha conocido el hecho que determina el principio del plazo y bajo este concepto la próroga es tratada más como una *Bonorum Possessio* que como prescripcion. Se asimilan igualmente á las dilaciones del procedimiento las concedidas para hacer valer las excusas de la tutela (*f*).

XXX.

En el curso de esta investigacion hemos encontrado muchos casos en los cuales ciertas clases de personas se tratan más favorablemente que otras con respecto al error.

Son éstas los menores, las mujeres, los hombres sin cultura (*Rusticitas*) y los soldados.

Al lado de este favor comun importa no perder de vista los caractéres esenciales de cada una de las diferentes clases mencionadas, de las cuales paso á hablar con algunos pormenores.

Sabemos que en materia de transaciones lícitas, es decir, abstraccion hecha de los delitos, los menores podian en general hacerse restituir contra los actos y omisiones que les hubieran causado algun perjuicio; principio general que tiene las consecuencias más importantes relativamente al error. Los mayores no encontraban proteccion contra el perjuicio resultado de su error, sino en ciertos casos especiales (núm. VI); los menores hallan dicha proteccion en todos los casos (*a*). Los primeros no son nunca protegidos contra el error resultado de una gran negligencia y, por consecuencia, contra el error de derecho; los segundos pueden tambien invocar este error (*b*). La proteccion no se concede al mayor sino cuando ha obrado por error, y no cuando lo hace conscientemente; al menor se le concede en ambos casos.

Vemos este principio formalmente aplicado al menor que presta dinero á un *filiifamilias* (núm. XIII); que admite una caucion judicial no válida (núm. XIX, nota *d*); que deja pasar el plazo de la *Bonorum Possesio* (núm. XXIV). Pero este principio debe sin duda extenderse á los casos no mencionados, y así el error de derecho que destraye el título de posesion de un menor, no impide la usucapion.

(*f*) § 16, J. de excus. (I, 25); L. 13, § 9, eod. (XXVII, I); L. 6, C. eod. (V, 62); Fragm. Vatic. § 156. Sobre los términos del procedimiento, véase, entre otras, la ley I, § 15, quando apell. (XLIX, 4).

(*a*) L. 8, C. de in int. rest. min. (II, 22). Es una interpolacion de la L. 3, C. Th. de in int. rest. (II, 16). Véase núm. XXXI.

(*b*) C. 9. pr. h. t.; L. II, C. h. t. Es una interpolacion de la L. 3. C. Th. de sponsal. (III, 5).

Sin embargo, es preciso no olvidar que este favor y la restitucion en general no se aplica sino á las transaciones lícitas. En cuanto á los delitos no hay restitucion de ordinario, y el menor no puede invocar como excusa la ignorancia de la ley penal (*c*). Esta regla se aplica sin distincion á toda suerte de delitos y al dolo cometido en los contratos, pues que este dolo tiene el carácter de un delito (*d*): pero no se aplica sino á las violaciones de derecho prohibidas por el sentido moral y no á las que tienen una naturaleza más positiva (núm. XXX). Así el menor no incurre en pena respecto al *incestus juris civilis* ni por la violacion de las leyes de aduanas, de igual modo que la mujer menor no era castigada por haberse olvidado de hacer que se le nombrase un tutor á su hijo (núm. XXI) (*e*).

XXXI.

Las mujeres se encuentran en una situacion muy distinta de la de los menores: como ellas no tienen derecho á la restitucion en general, no lo tienen tampoco por la restitucion por causa de error Sin embargo, cuando el error que les causa el perjuicio es de tal naturaleza que no quedase recurso abierto aun para los hombres, entonces tienen las mujeres el privilegio de invocar tambien el error de derecho, no solo el de hecho como los hombres. Así, pues, las mujeres están colocadas en la clase de personas *quibus jus ignorare permissum est*, y tal es la única analogía que existe entre ellas y los meneres.

Sin embargo, vamos á señalar aquí un cambio importante en el derecho. Otras veces este favor concedido á las mujeres respecto al error de derecho era tan ilimitado como el concedido tambien á los menores. En 469 el emperador Leon abolió este beneficio como regla general, admitiéndolo solo como excepcion en los casos en que las leyes anteriores

---

(*c*) L. 9, pr. h. t. «... ante præmiso, quod minoribus vigintiquinque annis jus ignorare permissum es; *quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infinitatem dicitur*; et ideo sicubi non est delictum, sed juris ignorantia, non læduntur.» Las palabras impresas en letra cursiva son un paréntesis verdadero; así la última frase se refiere drectamente á la primera; se aplica á los menores y no á las mujeres (v. núm. XXXI). L. 9, § 2, 3, 4; L. 37, § 1 de minor. (IV, 4); L. I, C. si adv. del. (II, 35).

(*d*) L. 9, § 2, de minor. (IV, 4).

(*e*) Es necesario referir á parecidos casos las expresiones restrictivas un poco vagas, L. 37, § I de m nor. (IV, 4): «utique atrocibus» L. 1, C. si adv. (II, 35): «Si tamen debitum non ex animo, sed extra venit... restitutionis auxilium competit.» Esta prescripcion beneficiosa no se aplica á todos los delitos en donde hay falta; porque para la *actio legis Aquilim* se deniega formalmente la restitucion (nota *d*).

hacian una aplicacion especial (*a*). Vemos señales ciertas de dicho cambio en diversas interpolaciones (*b*) y en muchos textos en los que la antigua regla no se expresa y no obstante existe de una manera implícita (*c*). En ocasiones, en materia de donaciones, no podian las mujeres, aun en el antiguo derecho, invocar la *juris ignorantia* (*d*).

Se trata ahora de enumerar los diferentes casos excepcionales en que las mujeres pueden invocar la ignorancia del derecho, es decir, los casos á los cuales se aplican las palabras de la Constitucion de Leon (*in is tantum casibus*), segun la legislacion Justinianea. Estos son:

El de aceptar una caucion judicial cualquiera no válida (número XIX, nota *d*).

La falta de presentacion de piezas justificativas (núm. XXIX).

(*a*) L. 13; C. h. t. «Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare, in his quæ prætermiserint vel ignoranverint: statuimus, si per ignoramtiam juris damnum aliquod circa jus vel substantiam suan patiantur, in his tantum casibus, in quibus præteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subvenire.» Si no tuviéramos más que esta ley se podria creer que el derecho de las mujeres en adelante así restringido, se habrian no cambiado sino confirmado las reglas antiguas. Los textos citados notas *b* y *c* dan la explicacion que yo considero indispensable.

(*b*) L. 3, C. Th. de integri restit. (II, 16) del año 414: «Et mulieribus et minoribus in his quæ vel præter miserit, vel ignoraverint, innumeris autoritatibus constat esse consultum.» Este texto muestra á las mujeres favorecidas sin ninguna restriccion con respecto á la *juris ignorantia*; se la reconocia en la generalidad de la expresion y relativamente á los menores en el derecho no era dudoso. Se reproduce en el Código de Justiniano (L. 8, C. de in. res núm. II. 22) menos las tres primeras palabras (et mulieribus et) lo cual demuestra evidentemente la intencion de abolir el privilegio de las mujeres. La L. 9, pr., h. t. (núm. XXX, nota *c*) nos muestra bajo otra forma una interpolacion parecida. Las palabras *in quibusdam causis* han sido añadidas de seguro en el sentido de la constitucion del Emperador Leon.

(*c*) La L. 3, C. de prescrip. XXX (VII, 39), dice, con motivo de introducirse la prescripcion de 30 años: *non sexus fragilitate*, non abseatia, non militia contra hanc legem defendenda (véase núm. XXVII). Esto prueba evidentemente que las personas aquí enumeradas estaban protegidas por la restitucion contra las prescripciones más cortas antes establecidas; de otro modo hubiera sido supérfluo rehusarles la restitucion contra la nueva prescripcion de 30 años. En cuanto á las mujeres, esta restitucion era necesariamente una consecuencia de su antiguo privilegio respecto al error de derecho. De igual modo tambien la excepcion que hacen los textos citados en la nota siguiente, en materia de donacion, no tiene sentido, sino que admite la existencia de una regla contraria para las otras materias del derecho. Citaré, finalmente, la relacion general de *rusticitas sexus* en la L. 2, § 7, de j. fisci (XLIX, 14).

(*d*) L. 2, C. h. t. y las palabras que hacen referencia á la misma excepcion *ne maribus quibus*, en la L. 8, h. t. V. sobre ambos textos (núm. VIII).

La omision de las formalidades que hay que llenar en el caso de preñez despues de la disolucion del matrimonio (núm. XXIX).

El pago de una deuda contra la cual existia la *exeptio Scti Vellejani* si el pago fué hecho ignorando el senado-consulto (*e*).

Además el caso en que una mujer viola por ignoraucia una ley penal completamente positiva *(juris civilis)*: aquí la mujer se coloca en el mismo lugar que los menores. Entre los casos de esta especie se cita el *incestus juris civilis*, el *Sc. Turpiilianum* y la contravencion que comete la mujer escribiendo ella misma las disposiciones hechas á su favor en un testamento que se le ha dictado, con tal, sin embargo, que haya motivos particulares de excusa (núm. XXI).

De otro lado, hé aquí muchos casos importantes en que las mujeres no pueden ciertamente invocar el error de derecho:

La falta de título en materia de usucapion.

El término de la *Bonorum Possessio* (*f*).

El plazo de la prescripcion.

Para la prescripcion de 30 años les era rehusado expresamente este favor (núm. XXVI); para las prescripciones más cortas, como no estaba especialmente concedido, segun la ley del emperador Leon no les pertenecia, bien que antes de esta ley la hayan sin duda gozado.

XXXII.

Paso á ocuparme de las personas que carecen de toda cultura (*Rusticitas*), y que por tanto no tenian ningun conocimiento del derecho *(a)*.

(*e*) L. 9, C. ad Sc. Vell. (IV, 29). Esto es una excepcion particular á la regla general que no admite para la *condictio indebiti* el error de derecho. Doneau extiende esta excepcion á todos los pagos que hacen las mujeres á consecuencia de un error de derecho (I, 21, § 13) é invoca la ley 5, C. de pactis (II, 3); pero las palabras de este texto: «cum et solutum *per ignorantiam* repeti potuisset,» pudiendo tambien referirse á un error de hecho, no prueban nada en favor de la opinion de Doneau.

(*f*) El privilegio está formalmente denegado por la ley 3. C. h. t. y por la ley 6, C. qui admiti (VI, 9). Ambos textos son anteriores á la ley del emperador Leon. Quizá hayan sido interpolados para ponerlos de acuerdo con esta ley; pero la interpolacion no está visible; quizá tambien la *bon. poss.* fué siempre una materia excepcional en que el error de derecho no era admitido aun para las mujeres. No tenemos ningun medio para resolver la cuestion; pero en cuanto al derecho nuevo el resultado no es dudoso.

(*a*) Así *rusticitas* no significa una condicion ó un oficio, sino la falta de cultura intelectual que se encuentra frecuentemente en la vida aislada del campo entre gentes de baja clase. *Imperitia* es susceptible de dos significaciones: de ordinario quiere decir esta palabra la ignoran-

No tienen aquí más que las mujeres derechos generales á la restitucion: ellas únicamente pueden invocar la ignorancia del derecho en los casos siguientes:

Cuando han dejado pasar el plazo de la *Bonorum Possessio*, favor que no se concedia á las mujeres (núm. XXIV) (*b*).

Cuando en un proceso olvidaban presentar las pruebas (número XXIX).

Cuando han cometido actos prohibidos por una ley penal positiva, principalmente si han atacado los edictos de los magistrados, violado el *Sc. Silanianum* ó desobedecido á una *injus vocatio* (núm. XXI).

En cualquier otro caso, y sobre todo en materia de usucapion y prescripcion, no hay excepciones en favor de la *Rusticitas*.

XXXIII.

Dos motivos se reunian para que se rodease á los soldados de un gran favor. Ante todo se reconocia que en general su género de vida les impedia adquirir el conocimiento necesario del derecho; despues, se les queria animar con privilegios á los que seguian la profesion de las armas, teniendo pruebas de que este pensamiento era real.

Sin embargo, no se les concedió nunca una restitucion general como á los menores; pero frecuentemente se les hacia participar de la restitucion, de la cual gozaban los ausentes, restitucion considerada en su orígen como una justa proteccion concedida á los soldados en campaña.

Bien que los emperadores hubieran considerado frecuentemente excusable la ignorancia del derecho entre los soldados (*a*), ignorancia que

---

cia de una cosa determinada, un hecho, y entonces es sinónima de *ignorantia*. Algunas veces se la relaciona con *rusticitas* (imperitia *vel* rusticitas, V. núm. XXI notas *h*, *k* y *t*); designando la ignorancia del derecho en general en una persona determinada; ingorancia que puede muy bien conciliarse con una buena educacion y conocimientos de otra clase, y entonces *imperitia* tiene ménos extension que *rusticitas*. V Mühlenbruch, p. 446 y sig.

(*b*) Este favor no es casual. El parentesco y el órden de sucesiones existen para todos, cualquiera que sea su educacion, y tienen importancia para todas las clases sociales. Pero hombres muy groseros pueden bien ni aun sospechar siquiera que hay formas determinadas que observar ó consejos que pedir. Por el contrario, toda mujer que no pertenezca á las últimas capas sociales, cualquiera que sea su ignorancia del derecho, comprenderá suficientemente la importancia de una muerte para pedir consejo.

(*a*) L. 22, pr. C. de j. delib. (IV, 30): «arma etenim magis quam jura scire milites, sacratissimus legislator existimavit.»

no fué jamás para ellos el motivo de una restitucion general, sino de muchos privilegios importantes que se trata de examinar.

Uno de estos ha sido trasformado en una institucion regular, y por ello no figura ya como causa de restitucion: es el testamento militar instituido, como dice expresamente la ley para venir en auxilio de la ignorancia de los soldados (*b*).

Los militares tienen la restitucion si han dejado pasar el plazo de la *aditio hereditatis* (*c*), ó de la *Bonorum Possessio* (*d*).

El soldado que por ignorancia aceptaba una sucesion onerosa tenia otras veces la restitucion (*e*). Justiniano hizo inútil esta restitucion, estableciendo que todo heredero que hiciera inventario no fuera obligado por las deudas en más de lo que importaba la sucesion. En verdad que el inventario debia hacerse en un plazo muy corto; pero los soldados estaban dispensados de dicho plazo (*f*).

En general los soldados no están exceptuados de las leyes penales. Sin embargo, el soldado al cual se le dicta un testamento ó escribe una disposicion hecha en su favor, no incurre en la pena establecida (núm. XXI, nota *p*).

No hay motivo ninguno para ir más allá de los casos especiales, ni aun en el derecho Justinianeo; pero en el derecho moderno estas disposiciones son de todo punto inaplicables, porque regulan la condicion de los soldados considerados como una clase, y por tanto forman parte de la constitucion del Estado, es decir, del derecho público (*g*).

Si se reunen bajo un punto de vista comun las diferentes clases de personas de las cuales hemos hablado (núm. XXX, XXXIII), vemos que gozan de un favor particular relativamente á la ignorancia del derecho, y que para ellas se asimila á la ignorancia de hecho, pero en diferentes grados, de modo que en la práctica no hay una regla general comun á las cuatro clases de personas. Independientemente de este favor es necesario admitir tambien el principio que, es evidentemente

---

(*b*) L. I, pr. de test. mil. (XXIX, 1): «simplicitati eorum consulendum existimavi.» P. 7. de mil. test. (II, 2): «propter nimiam imperitiam.»

(*c*) L. 9, § I, h. t. El texto hablaba sin duda de una *cretio*, y bajo esta relacion ha sido interpolado. En el derecho Justinianeo significa una institucion de heredero hecha bajo la condicion de que la adicion tuviera lugar en un plazo determinado, lo que no difiere esencialmente de la antigua *cretio*.

(*d*) L. I, C. de restit. mil. (II, 51).

(*e*) § 5, J. de hered. qual. (II, 19), L. 22, pr. C. de j. delib. (VI, 30).

(*f*) L. 22, § 15, C. de j. delib. (VI, 30).

(*g*) No sucede lo mismo con el testamento militar, en donde no se considera la condicion de los soldados en sí, pero relativamente á ciertas circunstancias, que son hoy las mismas que entre los romanos. Esta forma de testamento se reconoce expresamente en Alemania por las leyes del imperio.

la base, de que para dichas personas la ignorancia del derecho se supone de hecho hasta tanto que se pruebe lo contrario (*h*).

XXXIV.

Lo que ha contribuido mucho á la confusion acerca de la teoría del error, de lo cual encontramos ya ejemplos en las antiguas fuentes, es que se han referido á él casos que caian fuera de su dominio. En efecto, no se debe admitir la influencia del error, sino allí en donde las consecuencias regulares de los actos juridicos procedentes de una voluntad libre se hallan anuladas ó modificadas por la existencia del error, que debe hacernos considerar la voluntad como incompleta (número II). Pero si el error se muestra en un caso en donde falta ya una de las condiciones esenciales de los actos jurídicos, no es el error quien anula las consecuencias de un acto parecido, no debiéndose incluir este caso entre aquellos de que me he ocupado antes. No hay un error verdadero y sí sólo lo que únicamente de una manera impropia podría designarse así.

Cuando, por consiguiente, cree un propietario por error que su cosa pertenece á otro y expresa esta creencia por medio de una declaracion verbal, dicha declaracion no perjudica á su derecho de propiedad (*a*); no más que si da su apoyo á otro que reclama la cosa contra un tercero ante un tribunal (*b*), ó se deja recoger los frutos de la cosa al que creia propietario (*c*). Actos semejantes no comprometian, pues, su propiedad, y no porque resultase de un error, sino en razon á que dichos actos unilaterales no tienen en sí mismos ninguna fuerza obligatoria.

Si el propietario de un esclavo lo declara libre por error, no se hace libre y el propietario ó sus herederos pueden reivindicarle *in servitutem* (*d*); porque el esclavo no puede adquirir su libertad sino por medio de una manumision segun las formas del derecho (*e*), y la de-

---

(*h*) Esto se expresa claramente respecto á los menores que infringen las leyes de aduanas. V. (núm. XX) nota *m*.

(*a*) L. 18, C, de rei vind. (III, 32).

(*b*) L. 54, de rei vind. (VI, I).

(*c*) L. 79, de leg. II (XXXI, un). Dice la ley: «juris ignoratione lapsi,» y sin embargo, se les permite hacer valer sus derechos.

(*d*) L. 8, 9, C. de jur. et facti ip. (I, 18). Ambos textos toman su nombre de aquellos de quienes falsamente se ha deducido lo demás, la regla general de que todo error excluye la voluntad (núm. VII). Por lo redaccion de estos dos textos no tiene toda la provision que fuera de desear.

(*e*) Entre estas formas, se debe tambien incluir la *manumissio inter amicos*, bien que no solemne, y el error podia ser invocado como moti-

claracion unilateral de una libertad que existiera ya seria un acto inútil y de ningun efecto.

Cuando un heredero hace con sus coherederos una division incompleta, pero que estos creen perfecta, sin entender que abandonan su parte en lo que falta, pueden reclamar despues dicha parte, porque tal division provisional no es obligatoria (*f*). De igual modo el que creyendo recibir la totalidad de su crédito, no lo hace sino de una parte, conserva el derecho de reclamar el resto (*g*).

El que por error declara como perteneciente á la sucesion de su madre una cosa que en realidad depende de la del padre, no queda por ello ligado, porque esta obligacion unilateral no tiene ninguna fuerza obligatoria (*h*).

En el antiguo derecho el celibatario no podia recibir cosa alguna por testamento, y el hombre casado, sin hijos, no tenia derecho sino á la mitad de las cosas legadas; la otra mitad era en muchos casos, y despues en todos, entregada al fisco. El que denunciaba voluntariamente la disposicion testamentaria y su propia incapacidad, recibia por precio de esta confesion la porcion correspondiente al fisco (*i*). Pero si se denunciaba por error siendo realmente capaz (*k*), esta denuncia no le perjudicaba y recibia la totalidad de las cosas legales sin abandonar nada al fisco (*l*). El motivo de esta decision no era sin duda el error cometido; el derecho del fisco se fundaba, no en la declaracion, sino sobre la incapacidad que, en tales casos, no existia realmente.

Lo mismo acontece cuando un propietario, ignorando su derecho de propiedad, arrebataba su propia cosa á un tercero que no tenia sobre

---

vo de nulidad. En efecto, se trata únicamente de una cuestion de hecho; y si el esclavo no es libre no es á causa del error, sino porque no resultaba probado que su señor hubiera querido manumitirlo.

(*f*) L. 20, pr. fam.herc. (X, 2).

(*g*) El que pague con exceso tiene necesidad de una *condictio indebiti*, porque la tradicion del dinero trasfiere la propiedad. El que recibe menos no tiene necesidad de accion ni de excepcion; porque para la parte de la deuda no pagada no hay que hacer nada válido jurídicamente. Mas si habia habido aceptilacion para la mayor parte de la deuda se hacia entonces indispensable una *condictio*.

(*h*) L. 5, C. de J. et facti ign. (I, 18).

(*i*) L. 13, pr. § I. de j. fisci (XLIX, 14).

(*k*) Podemos representárnoslo así: la ley permitia instituir á los próximos parientes herederos ó legatarios. Además, el heredero instituido podia creerse incapaz porque ignoraba su parentesco ó la disposicion excepcional de la ley: en el primer caso hay error de hecho; en el segundo error de derecho.

(*l*) L. 13, § 10, de j. fisci (XLIX, 14) segun los rescriptos de tres emperadores. L. 7, § 2 cod., segun *complura rescripta*. Despues se añade, parece, segun un rescripto, que el que se ha denunciado por error puede solo invocar el beneficio de la ley «si ea persona sit, quæ ignorare propter rusticitate, vel propter sexum feminium, jus suum possit.» Hablaré más adelante de esta disposicion.

ella ninguna clase de derecho y aun quizá la habia robado. El propietario que obra así tiene la intencion de cometer un robo; pero de hecho no lo comete, porque falta aquí necesariamente una de las condiciones esenciales del robo, la violacion del derecho de otro. Así, pues, no está protegido por su error, sino por la falta del *corpus delicti* (*m*).

Todavía es necesario referir al mismo punto de vista los casos designados bajo el nombre de *error in corpore* ó *in substantia.* No hay aquí duda, como en el caso de error verdadero, sobre una voluntad incompleta y por lo tanto menos eficaz, sino más bien de una falta de acuerdo entre la voluntad y la manifestacion de la misma (*n*): un ejemplo hará fácil la diferencia. Si en un contrato de venta del esclavo Sticus, el vendedor que posee dos de este nombre se fija en uno y el comprador en otro, ninguna de las partes se engaña; cada una tiene una voluntad justa y bien determinada; pero falta el acuerdo de las voluntades y aquí es donde ambos se engañan. No existe, pues, un contrato verdadero, es nulo por causa de error, y no hay tal obligacion; del mismo modo que no hay contrato entre dos personas cuando la una hace una proposicion que rechaza la otra, y toma el primero falsamente esta protesta por aceptacion. Finalmente, muchos de los casos de que he hablado, entran en el error impropiamente dicho. Así, rechazar por causa de error la interpretacion de un acto que de otro modo seria necesario considerar como una manifestacion tácita de la voluntad (núm. XII), no seria anular las consecuencias regulares de un hecho jurídico y sí negar su existencia, destruyendo la apariencia falsa que podia obligarnos á aceptarle. Lo mismo acontece en los casos importantes en que, por causa de error, no se debe admitir el *dolus*; en efecto, el *dolus* no existe realmente, y desde este momento sus consecuencias jurídicas no deben existir (núm. XX-XXIII).

He dicho que todos estos casos de error impropiamente dicho debian ser cuidadosamente separados de la teoría del error. Quizá se me objete que es esta una distincion ineficaz y sutil, puramente teórica, pues que el resultado es siempre el mismo; pero la diferencia práctica es por el contrario muy importante. Es un principio fundamental el de que aun en los casos en donde el error verdadero ejerce su influencia,

(*m*) El procedimiento nos ofrece casos parecidos. Se trata de saber en qué condiciones la confesion de una parte es indivisible en sí ó susceptible de rectificacion. La respuesta á esta cuestion se halla, no en la teoría general del error, sino en las disposiciones especiales de las leyes sobre el procedimiento. Tales son las L. 6, § I, de off. præs. (I, 1n) L. un. C. ut quæ desunt (II, II). L. I, 2, 3, C. de error advoc. (II, 10) y muchos otros textos.

(*n*) Véase el sistema, § 135. 138. Probablemente al *error in corpore* es al que se refiere la L. 116. § 2. de R. J. (L. 17), uno de estos textos segun los cuales se ha pretendido que el error excluye siempre la voluntad (núm. VIII). V. § 136, *m*.

esta influencia no se admite si el error es inexcusable, y más todavía un error de derecho. Pero esta excepcion no puede nunca presentarse en ninguno de los casos del error impropiamente así llamado. Así, el que por una manifestacion unilateral atribuye falsamente á otro la propiedad de su cosa, no está obligado aun cuando su falsa creencia procediera de un error de derecho. Esto mismo está formalmente expresado en uno de los citados textos (nota *e*); si bien es verdad que en otro (nota *l*) se encuentra una asercion contraria. La denuncia hecha al fisco por error, se dice, debe perjudicar, á menos que lo haya sido por una mujer ó por un hombre falto en absoluto de cultura (*Rusticitas*). Pero este principio en oposicion directa con la caducidad no está asentado fijamente, apareciendo como una consecuencia posible de un rescripto aislado; aquí es simplemente una disposicion relativa al fisco. Respecto al *error in corpore* no se examina más si el error de una de las partes era fácil de evitar y por tanto inexcusable. Finalmente, allí en donde el error excluye el *dolus*, se admite toda suerte de error, aun el de derecho, que es lo que se decide expresamente en un texto del derecho romano (núm. XXII).

XXXV.

Vuelvo ahora á la discusion de la grave disputa tan controvertida que he expuesto antes (núm. XI), la de saber si la *condictio indebiti* puede fundarse no solo sobre un error de hecho, punto nada dudoso, sino tambien en un error de derecho. Resuelvo negativamente la cuestion, pensando que la mayoría de los jurisconsultos célebres están conmigo (*a*).

Dicha solucion resulta evidentemente del conjunto de los principios que he establecido sobre la naturaleza del error: éste no puede ser in-

(*a*) Esta cuestion está tambien resuelta negativamente por Cujas, opp. VIII, 895; Donellus I, 21, § 12, 18, XIV, 14, § 5-10: Voet XXII, 6, núm. 7; Cocceji, XII, 6, qu. 14. (El último cita muchos autores para probar que esta doctrina estaba sancionada por la práctica). Merlin, Repertoire, Verbo, Ignorance, § I. La cuestion se resuelve favorablemente por Vinnius I, 47; Mühlenbruch p. 419-431. Höpfner § 954 distingue los casos en que se trata de una ganancia que se obtiene ó de un daño que se evita, circunstancia que no debe ocupar nuestra consideracion. Thibaut, Pandekten § 29 se declara por la afirmativa; pero en sus Vorlesungen (Braun p. 41-43) añade como condicion que el error debe ser excusable, y yo me uno á su opinion. Tal es tambien la doctrina de Vangerow, Pandekten I, p. 101-104 quien desde este momento no contradice mi juicio. Glück t. XIII p. 128-151 resuelve la cuestion negativamente; pero despues de la publicacion del tratado de Mühlenbruch su incertidumbre es tal (t. XXII p. 336-340) que el lector no puede formar criterio.

vocado en general sino en ciertos casos especialmente determinados. La *condictio indebiti* no se produce por sí misma: el que paga da voluntariamente su dinero, y solo por un favor fundado en la equidad es por lo que se le permite la repeticion (*b*). Pero allí en donde el error sirve para evitar un perjuicio no se admite el error inexcusable, y segun la regla, el error de derecho se reputa como tal (núm. III). Esta consideracion general hace que deba resolverse negativamente la cuestion propuesta, y lo que ha contribuido á darle más fuerza son las aplicaciones que vamos á hacer de este principio á numerosas relaciones de derecho, en las cuales se admite la influencia del error.

Pero hemos reconocido que el principio era susceptible de muchas restricciones, que quizá sirvan para que los adversarios de mi opinion la admitan. Así, hay excepcion del principio desde que aparece error, no en el contenido de la regla, sino en su aplicacion á una especie muy complicada (núm. I, V). De igual modo, cuando la regla de derecho es difícil de conocer exactamente, lo cual sucede en las cuestiones controvertidas y en el derecho particular, porque entonces los jurisconsultos mismos no siempre dan decisiones, lo que basta para hacer en casos análogos excusable el error de derecho (núm. IV). En el estado actual del derecho vemos esto más frecuentemente que entre los romanos: pero aun en el mismo derecho romano encontramos muchos ejemplos de error de derecho, en los que la *condictio indebiti* se admite en virtud de esta regla. Cuando, por ejemplo, un heredero pagaba un *legatum per damnationem* hecho bajo una condicion imposible (*c*), ó cuando el comprador daba un precio que, segun el contrato, debia ser fijado por un tercero (*d*). Porque en ambos casos la validez de la obligacion era antes de Justiniano un asunto controvertido, y el error de derecho, de cualquier modo que surja, no podia ser considerado como fácil de evitar, y por tanto como inexcusable.

El principio sufre todavía excepcion si el punto capital no es el error en sí sino una circunstancia ajena á él, lo cual sucede cuando el que recibe el dinero ha ocasionado el error ó lo ha conocido callándolo (núm V). La aceptacion del dinero es entonces considerada como un robo (*e*), é importa naturalmente poco que el pago haya tenido lugar á consecuencia de un error de hecho ó de derecho. Por vía de consecuencia, en los casos en que no se trata de una suma pagada, sino de una obligacion contraida (*indebita obligatio*) (*f*), se debe conceder al deudor la *condictio indebiti*. Si se le rehusaba, no se le podria rehusar al me-

---

(*b*) Cujas, opp. VII, 895, A.
(*c*) Gayo, lib. III, § 98.
(*d*) Gayo, lib. II, § 140.
(*e*) L. 18, de condict. furtiva, (XIII, I): «... furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit...»
(*f*) L. 6, § I, de act. emti, (XIX, I); L. 51, pr. de pactis, II, 14.

nos la *actio doli*, que tendria para el acreedor consecuencias todavía más graves. Lo que he dicho del *dolus* se aplica ciertamente á los casos excepcionales en que las sumas pagadas con conocimiento de causa pueden ser repetidas: tales son las deudas del juego, las donaciones importantes no insinuadas y los intereses usuarios. Si el pago hecho con conocimiento de causa no impide la condicion, es necesario decir otro tanto, y con mayor razon, del error de derecho, porque la circunstancia decisiva no es aquí el error, sino una regla absoluta del derecho positivo.

Finalmente, no se sabria hacer aplicacion de los principios á las personas que en general pueden invocar el error de derecho. Tales son incontestablemente los menores (núm. XXX). Otras veces las mujeres tenian el mismo privilegio: el derecho Justinianeo no admite más que una sola excepcion en su favor, el caso en que por ignorancia del *Sc. Velleiamum* hubieran hecho un pago que habrian podido rehusar (núm. XXXI, *e*).

XXXVI.

En favor de la opinion contraria se hacen valer las razones generales siguientes:

1.° Ninguno debe enriquecerse á costa de otro (*a*). Esta regla es extremadamente vaga y general para que directamente se la emplee en la práctica; solo que habiendo tenido influencia en la formacion de muchas reglas de derecho, se le puede considerar como un elemento comprendido en las reglas verdaderamente prácticas, en donde toma realidad y vida por su íntima relacion con premisas muy concretas. Tambien la vemos referida efectivamente en los textos citados (nota *a*), y como uno de los elementos de la regla relativa á la *condictio indebiti*; así, pues, no sabríamos servirnos exclusivamente, para determinar la extension de las otras condiciones puramente prácticas, de la *condictio indebiti*. Si queremos tomar esta regla á la letra para llevarla á la práctica, nos veríamos pronto obligados á retroceder ante sus consecuencias. En nombre de esta regla toda venta cara podria ser atacada, porque un acto parecido enriquece al vendedor á expensas del comprador, y no habria ya entonces ninguna seguridad para el comercio, que descansa en la posibilidad de la ganancia y de la pérdida por la libertad de los cambios.

2.° Un gran número de textos, y principalmente el titulo del Digesto *de condictione indebiti*, presentan el error en general como con-

(*a*) L. 14, de cond. indeb. (XII, 6); L. 206, de R. J. (L. 17) Mühlenbruch p. 417.

dicion de la condiccio sin excluir el error de derecho (*b*). El argumento se refuta por el conjunto mismo de la exposicion en donde he mostrado el error de derecho bajo su verdadero aspecto. Sin duda que el *error* es la condicion verdadera de la condiccio; pero se ha visto en las distintas aplicaciones, y no solo con relacion á esta, que el error para ser eficaz debe ser excusable, y en la regla el error de derecho no lo es.

Era necesario ó aun posible reproducir esta restriccion tantas veces cuantas se hiciera mencion del error? Bastaba haberla establecido en algunos textos, y el título *de juris et facti ignorantia* era el lugar á propósito: esta explicacion se halla confirmada por la analogía admirable con la *actio quod metus causa.* Para dicha accion la condicion general exigida es el temor; esto es lo que expresan claramente el edicto y un gran número de textos que hacen aplicacion del principio. Se dice incidentalmente qué caractéres debe tener el miedo para dar lugar á la accion; es necesario que resulte de la amenaza de un mal grave y verdadero y no de vanas preocupaciones de un alma débil (*c*). Era preciso reproducir la restriccion para cada aplicacion particular? y, cuando no estuviera expresada, se debia admitir que toda especie de temor daba lugar á la *actio quod metus causa*? Este caso es absolutamente parecido al de la exclusion del error de derecho como motivo de la *condictio indebiti.*

3.° El error de derecho puede ser invocado, en general, no para procurar un beneficio, sino para evitar un daño, que no otro es precisamente el fin de la condiccio. Ya he mostrado cuán poco fundada es la distincion y me remito á lo que he dicho antes, añadiendo que en su aplicacion especial á la condiccio no conduce á ningun resultado práctico (*d*).

4.° En general el error no es exigido para la condiccio sino á fin de excluir la idea de donacion (*e*); además, la intencion de donar no existe aquí en el caso del error de derecho más que en el del error de hecho; este argumento es el más plausible de todos, pero de ningun modo decisivo. Está bien establecido que el pago hecho conscientemente, salvo algunas excepciones, no puede ser repetido; no así el pago hecho á consecuencia de un error de hecho; en cuanto al de derecho, la

---

(*b*) Mühlenbruch p. 420-421.—V. Donellus XIV, 14, § 6, 7.

(*c*) L. 5, 6, quod metus (IV, 2).

(*d*) V. núm. VIII. Para prevenir esta objecion es para lo que Donellus ha inventado su distincion entre el *damnum rei amittendæ et amisse* (I, 21, § 12, 8, XIV, 14, § 9).

(*e*) L. 53, de R. 7. (L. 17): «Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.» L. 82, eod., L. 29, pro: de don. (XXXIV, 5); L: 47 de operis libert. (XXXVIII, 1); L. 7, § 2, pr. emt. (XLI, 4); L. 12, de novat. (XLVI, 2).

cuestion era controvertible. El caso del pago hecho conscientemente se eludia de la manera más fácil y más segura por la intencion de donar; por ello es por lo que se ha apoyado en esta razon. Pero de aquí no resulta que dicha razon sea la única y que á falta de ella no se debe admitir la proposicion inversa. Toda condiccio, por el contrario, descansa en una causa positiva, la cual es el error y, además, para producir efecto el error debia ser siempre excusable, es decir, tener, entre otras condiciones, la de no ser un error de derecho.

XXXVII.

He discutido hasta aqui los argumentos generales en favor de ambas opiniones, y paso ahora al exámen de diferentes textos en que la cuestion se resuelve, ya en general ya en su aplicacion á casos especiales. Hé aquí los textos que se expresan en términos generales:

L. 10, C. h. t. «Cum quis *jus ignorans* indebitam pecuniam solverit, *cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.*»

L. 6, C. h. t. «Si... indebitam, *errore facti*, olei materiam spopondisse... animadverterit... condicentes audiet.»

L. 7, C. h. t. «*Error facti*, necdum finito negotio, nemini nocet.»

L. 6, C. de cond. indeb. (IV, 5). «Si per *ignorantiam facti* nom debitam quantitatem pro alio solvisti... restitui eo agente providebit...»

L. 7, C. eod. «Fideicommissum vel legatum indebitum, *per errorem facti solutum*, repeti posse, explorati juris est.»

Cualquiera que lea estos textos sin formar anticipadamente su juicio sobre la cuestion que nos ocupa, podrá difícilmente desconocer la autoridad de su unánime testimonio: veamos ahora lo que los adversarios pueden objetar (*a*). Todos los textos, dicen, tienen la grave falta de ser rescriptos, porque no tenemos sino un fragmento aislado y no sabemos hasta qué punto es necesario tomar en cuenta las circunstancias particulares de la especie, la cual se nos presenta como regla. Es evidente que este argumento general contra la autoridad de los rescriptos no debe ser invocado sino con mucha reserva; pero con relacion á los cuatro últimos textos citados parece plausible, porque la regla sobre el error de derecho no puede ser tomada sino como *argumento a contrario*; procedimiento poco seguro, sobre todo, cuando se aplica á los rescriptos. Se podria suponer que en los referidos cuatro últimos textos, los emperadores, admitiendo el error de hecho como excusa, no hayan querido rechazar el error de derecho. Pero esto no es verosímil, porque en general el error de hecho y el de derecho se opo-

(*a*) Mühlenbruch, p. 427-431.

nen el uno al otro, de tal suerte, que uno se admite como excusa y se rechaza el otro. Además cualquiera que estuviese llamado á hacer aplicacion de la excusa para el error de hecho como lo vemos en los cuatro textos no podria olvidar excluir el error de derecho, si fuese esta su intencion.

Mas esta argumentacion, por endeble que sea, cae ante el primero de los textos citados: dice positivamente: el error de hecho es admitido para la *condictio indebiti*; el error de derecho no. Qué responde á esto Mühlenbruch? Que se trata de un rescripto y que quizá la regla aquí expresada se hallaba restringida ó aun destruida en otra parte del rescripto. Mühlenbruch va más allá y nos dice lo que debia contener el rescripto que era una decision relativa á la cuarta falcidia. Pero desde luego se ve que es esta una apreciacion arbitraria, y que, de otra parte, no conduce á su objeto como veremos en breve. En general, qué es lo que hay que interpretar? Tambien sabrian los romanos lo que eran los rescriptos, cómo deben considerarse y deducir la regla de las circunstancias concretas de la especie; y sin duda habrian dicho del fragmento inserto en el Código lo que de otros: Illa pars rescripti generalis est.» (*b*).

Paso ahora á los textos que en las aplicaciones particulares declaran inadmisible el error de derecho (*c*).

L. 9, § 5, h. t. El heredero que paga un legado en su totalidad sin retener, como está autorizado para hacerlo, la falcidia, no tiene la *condictio indebiti* si ha obrado por error de derecho; decision que se expresa formalmente en un decreto imperial (*d*). Pero es necesario fijarse bien en el lugar que ocupa este texto: Paulo habia asentado el principio general de que el error de hecho no perjudica y que el de derecho sí. Despues vienen las restricciones hechas á este principio y las aplicaciones que lo confirman, una de ellas y muy explícita la relativa al error de derecho que nos ofrece el § 5. Si se levantara la menor duda, caeria por tierra ante los términos del rescripto:

Quod si ideo repetitionem ejus pecuniæ habere credant, quod imperitia lapsi legis Falcidiæ beneficio usi non sunt: sciant, *ignorantiam facti non juris prodesse; nec stultis solere sucurri, sed errantibus.*»

Así, pues, no se admite la *condictio indebiti* á causa del error de derecho, porque en el citado error hay siempre una simple negligencia de la que cada cual debe sufrir las consecuencias. Es evidente

---

(*b*) Véase el Sistema, § 24, nota *k*.

(*c*) Entre dichas aplicaciones particulares es preciso incluir la *in jure confessio*, en donde se puede alegar el error con tal que no sea un error de derecho. Esto resulta del principio general que sirve de base á la *condictio indebiti* (núm. XIX, *g*).

(*d*) Este principio se encuentra reproducido de un modo no menos formal, aun cuando más brevemente, en la L. 9, C. ad L. Falc. (VI, 50).

que la decision y su motivo subsistirán siempre, cualquiera que fuese la causa de la condiccio siendo aquí la falcidia una circunstancia de todo punto indiferente.

En este texto, dice Mühlenbruch (*e*), la falcidia es el único motivo de la decision. El pago de los legados, sin ser una *naturalis obligatio*, es sin embargo un deber de conciencia; por esto es por lo que se le rehusa aquí la condiccio en atencion del error de derecho, que seria admitida si se tratase de cualquier otro *indebitum*. Pero con una explicacion semejante se desconocia arbitrariamente el enlace general del texto, no desconociéndose menos el sentido verdadero del principio asentado por el emperador, el cual se aplica á toda clase de *indebitum*. Qué papel juega aquí este deber de conciencia que no engendra una *naturalis obligatio*? No tendria importancia sino como motivo del pago, pero entonces se deberian apoyar los escrúpulos de los herederos y no castigarlos como *stulti*. Además nuestro texto no habla de ningun modo de esto y sí de un motivo todo diferente, del error de derecho (*f*). La interpretacion intentada por Mühlenbruch acerca de este texto á fin de sostener su opinion es de todo punto forzada, y tal es justamente la del caso que supone en el rescripto original del cual está tomada la L. 10, C. h. t. (*g*). Aun admitiendo esta suposicion, se ve que Mühlenbruch no ganaria nada al sostener su doctrina contra la L. 10, C. h. t.

Otro texto, L. 2, e. h. adv. sol. (II, 33) hace una aplicacion de nuestro principio todavía más general:

«Indebito legato, licet per errorem juris á minore soluto, repetitionem ei decerni, si necdum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis, est.»

Un menor paga por error de derecho un legado que no debia por un motivo cualquiera, y puede repetir si está todavía dentro del término de la restitucion. Así, pues, el legado no puede ser repetido si el plazo de la restitucion ha espirado, y ménos aún si ha sido pagado por un mayor: contra semejante argumento *a contrario*, no hay, que yo crea, nada que objetar. Este texto nos muestra todavía una aplicacion pura y simple de nuestro principio. Mühlenbruch lo explica por el argumento que acabo de refutar; la naturaleza de un deber de conciencia (*h*).

(*e*) Mühlenbruch, p. 393, 394.

(*f*) No tiene razon ninguna Mühlenbruch cuando pone en una misma línea la L. 9, § 5 h. t. y la L. 2, C. de fideic. (VI, 42) porque la última habla precisamente de un pago hecho con conocimiento de causa con respecto á la voluntad del difunto. El contenido de ambos textos no es, pues, enteramente igual.

(*g*) Mühlenbruch, p 430, 431.

(*h*) Mühlenbruch, p. 440 relacionada con la p. 393, 394.

Queda reducido á suponer un caso semejante; pero el *indebitum legatum*, del cual hace mencion el texto podria ser tal que no hubiera que pagar ningun deber de conciencia, aun segun el sistema de Mühlenbruch (*i*).

XXXVIII.

Voy ahora á examinar los textos invocados por los adversarios en apoyo de su doctrina (*a*). El primero es el único que tiene alguna fuerza.

L. 1, pr. ut in poss. (XXXVI, 4). El heredero testamentario debia dar caucion á los legatarios y, segun el antiguo derecho, la voluntad misma del testador no podia dispensarlos de esta obligacion: la última disposicion fué olvidada por un decreto de Marco Aurelio que forma parte de los *Semestria* (*b*). Ahora un heredero presta la caucion de que estaba dispensado; si obrando así ignoraba la dispensa concedida por el testador, podia, sin ninguna duda, demandar en virtud de la *condiccio indebiti* la anulacion de la fianza. Pero sino habia creido válida la dispensa, ¿obraba en su virtud por error de derecho? Ulpiano dice á este propósito: «Adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdactionem condici posse.»

Se ve al primer golpe de vista con qué timidez é incertidumbre aventura su opinion el jurisconsulto. Además, no se podria razonablemente oponer este texto aislado á las decisiones tan numerosas y tan precisas que establecen la doctrina contraria; pero, ¿cómo conciliar esta asercion aventurada con los otros textos que son tan positivos? Se ha dicho que se trataba de un interés mínimo (*c*); pero es una suposicion gratuita, y además, ¿en dónde deberá detenerse una apreciacion semejante? Tambien se dice que se trata de una *indebita promissio*, y no de una *solutio* (*d*). Pero tanto una como otra están en general sometidas á las mismas reglas y, de otra parte, la necesidad del error de derecho está, en cuanto á la *indebita promissio*, formalmente expresada (*e*). Finalmente se añade que esto era una excepcion especial en favor de los

---

(*i*) Si por ejemplo encarga á uno de sus herederos pagar todos los legados, y un coheredero menor se cree por error de derecho igualmente obligado; del mismo modo todavía si siendo el legatario *peregrinus* ingoraba el heredero menor esta incapacidad, y aun quizá el testador.

(*a*) La mayor parte de estos textos se hallan en Mühlenbruch, p. 418 y sig.; algunos se encuentran en Glück.

(*b*) L. 46, de pactis (II, 14). L. 2, C. ut in poss. (VI, 54). Sobre los *Semestria* del D. Marcus, v. el Sistema, § 24, nota *v*.

(*c*) Cujas, opp. IV, 1432.

(*d*) Donellus 1, 21, § 18.

(*e*) L. 6, e. h. t.

actos de última voluntad (*f*), y que es preciso contentarse con esta explicacion á falta de otra más satisfactoria. Para mí no es necesaria y me explico la duda de Ulpiano por la naturaleza misma de la disposicion de que se trata. Aquí vemos un cambio del antiguo derecho establecido, no por una ley propiamente dicha, sino por las necesidades de la práctica, y consignado en un rescripto imperial, que no era una ley á pesar de su inscripcion en los *Semestria* (§ 24). Este derecho podía, pues, ser considerado como incierto, y en tal caso un pretor equitativo estaba autorizado, usando de indulgencia (benigne quis dixerit), para considerar el error como excusable y concederle la *condictio indebiti.*

Los otros textos que se oponen son mucho ménos especiosos. La mayor parte pueden tambien aplicarse á un error de derecho como á un error de hecho, y para invocarles como decisivos en la cuestion, es preciso suponer desde luego que se aplican exclusivamente á un error de derecho.

La L. 17, § 10 ad mun. (L. 1), puede aplicarse á un error de hecho.

La L. 17, § 2 de minor. (IV, 4). El error descansa probablemente sobre el contenido ó sobre la interpretacion del testamento: al ménos así es como se hace necesario explicar la ley en el sentido del derecho de Justiniano. El autor de este texto, Ulpiano, queria sin duda decir que esta mujer sería todavía protegida por la condiccio aun despues de su mayor edad; pues que en su tiempo las mujeres podian invocar aun el error de derecho (Núm. XXXI). Al fin del texto es necesario leer *munita* (en vez de *munitus*), lectura confirmada por ediciones muy antiguas.

L. 10, C. de cond. indeb. (IV, 5). Alguno habia prometido dos cosas alternativamente, y por error las habia entregado ambas; pues bien, todos estaban de acuerdo para decir que podia reclamar una; pero se dividian las opiniones al determinar á quien pertenecia la eleccion: Justiniano resolvió la dificultad decidiéndose en favor del deudor. No debemos suponer aquí un error de derecho: el sentido de la estipulacion podia ser dudoso, sobre todo si debia ser ejecutada, no por deudor primitivo, y sí por sus herederos. Si se trataba de un error de derecho acerca de la naturaleza de la condicion alternativa, ¿cómo entre tanto jurisconsulto de los que han discutido la cuestion accesoria, ninguno ha juzgado conveniente hablar de un punto de tanta importancia?

L. 16, § 4 de publicanis (XXXIX, 4). El que por error paga al cobrador de aduanas lo que no le debe puede reclamar. Aquí todavía puede ser el error de hecho, por ejemplo, si recaia sobre el peso de la mercancía; pero aun cuando recayese en la ley de aduanas, v. g., la tarifa, la condictio no sería ménos admisible En efecto, el cobrador conocia ciertamente dicha ley, y si recibe el *indebitum* su fraude no es dudoso,

(*f*) Glück, t. XIII, p. 145 y antes de él Wetsenberg y Weber, que cita.

siendo este fraude y no el error de derecho de la otra parte el que motiva la restitucion. (Núm. V y XXXV) (*g*).

L. 28, de cond. indebiti (XII, 6). En este texto el error no descansa sobre la regla jurídica, sino en la aplicacion de la regla á el caso particular, y por esto cae bajo el error de hecho (Núm. I y V).

L. 37, de auro (XXXIV, 2). La cuestion de saber si los vestidos de la mujer están comprendidos en los *ornamenta*, toca á la interpretacion del testamento, y aquí el error lo es de hecho. Antes de la insercion de este texto en el Digesto no habia sobre el caso una regla precisa. Además, no se dice si á consecuencia de su error el heredero habia ya entregado la cosa ó solo hecho una declaracion unilateral que, no teniendo nada de obligatoria, no necesitaba la *condictio indebiti*.

L. 79, de leg. II (XXXI, un). Habla de un acto unilateral que no creaba ninguna obligacion, lo cual hacia la *condictio indebiti* de todo punto supérflua (Núm. XXXIV, *c*).

L. 20, pr. fam. herec. (X, 2). Lo que he dicho acerca del texto anterior se aplica tambien á este (Núm. XXXIV, *f*), no viéndose de otro lado en ninguna parte que se trate de un error de derecho.

XXXIX.

La *condictio indebiti* nos da ocasion para volver sobre un princípio antes enunciado (núm. III), con respecto á la prueba del error. Allí en donde este se admite como excusa, lo que en la regla no tiene lugar sino para el error de hecho, su existencia surge por sí misma, en tanto que el error de derecho, que en general no es excusable, no se presume nunca. Asi, en materia de usucapion el poseedor provisto de un título no tiene necesidad de probar el error de hecho que es la condicion indispensable de la *bona fides*; de igual modo que en materia de *bonorum possessio* los términos no comienzan á correr contra el *bonorum possessor* sino desde el momento en que ha sido puesto en condiciones de ejercer sus derechos.

Dicho principio sirve de base á una disposicion que, aplicada á la *condictio indebiti*, nos dá sobre la obligacion de la prueba una regla más precisa de las que ordinariamente hallamos sobre la materia (*a*). Cuando la existencia de la regla está probada toca probar el *indebitum* al que reclama, y por via de consecuencia, el error que ha dado lugar

---

(*g*) Las palabras mismas del texto indican claramente el *dolus* del cobrador: «si quid autem indebitum *per errorem solventis* publicanus accepit.» Así, pues, el que pagaba incurria solo en error, y el cobrador ha aceptado el dinero sin oponer objecion alguna.

(*a*) L. 25, pr. § I, de prob. (XXII, 3).

al pago: esta decision no se funda sobre la naturaleza general del error y sí por el contrario en la del caso especial de que se trata. En efecto, no se admite que cualquiera sea bastante imprudente para pagar lo que no debe (*b*), sobre todo, si es un hombre de sentido y buen administrador de sus bienes. Pero hay lugar á la presuncion inversa y el acreedor debe probar la existencia de la deuda si el pago se hace por un menor, una mujer, un soldado, un campesino, un hombre sin instruccion en los negocios, ó de una sencillez de espíritu ó de una incuria notorias. Desde este momento desaparece toda probabilidad de un pago sin causa. Entre ambos límites se colocan todavía un gran número de casos dudosos abandonados á la prudencia del juez, quien deberá decidirse segun las circunstancias. El principio dominante en la materia es que, fuera del caso de una improbabilidad evidente, se puede dar fé al que alega un error de hecho.

XL.

He examinado antes (núm. VII, XIII) dos principios aparentes sobre el error y su teoría, y segun la exposicion detallada que precede puede referirse más seguramente todavía ambos principios á su significacion verdadera y muy restringida.

Hé aquí uno de estos principios: el error excluye la existencia aun de la voluntad libre. Veamos los casos muy simples que han motivado en algunos textos del derecho romano un expresion tan fuerte. El acto de donde se induce una manifestacion de voluntad tácita no debe ser resultado del error; de otro modo se haria violencia á este acto por una interpretacion semejante (núm. XII, notas *a* y *c*). Cuando un acto en sí y por su forma no tiene ninguna fuerza obligatoria, se puede todavía admitir menos como fundamento de un derecho si ha sido hecho por error (núm. XXXIV, notas *d* y *o*).

Un segundo principio es el de que el error puede ser invocado en todos los casos: el de derecho para evitar un daño, pero no para realizar un beneficio. Aplicaciones nada dudosas nos han mostrado que el principio era frecuentemente falso y no podia dar nunca en la práctica

---

(*b*) «Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indibitas effundat... et ideo eura, qui dicit in debitas solvisse. compelli ad probationes, quod por dolum accipientis, *vel aliquam justam ignorantiæ causam* indebitum alco solutum...» Asi, pues, la *justa ignorantiæ causa*, que de otra parte se representa como condicion de un error acusable (núm. III) sirve además para admitir la existencia misma del error. Esta decision tiene tanta más importancia en la práctica, cuanto que el error es un estado de ánimo pocas veces susceptible de una prueba directa.

resultados ciertos. Tiene el principio su origen en una regla del antiguo derecho: Las mujeres tenian el privilegio de invocar el error de derecho como el error de hecho, salvo siempre en materia de donaciones. En su aplicacion esta regla ha sido abandonada en gran parte, y los compiladores insertando algunos fragmentos de los antiguos jurisconsultos en donde se expresaba, han dado lugar por esta inadvertencia al olvido que ha señalado (núm. VIII, XXXI).

XLI.

Despues de haber expuesto los principios del derecho romano sobre el error, tiene interés hacer rápidamente el exámen comparativo de los adoptados por los legisladores modernos.

El Código prusiano adopta este principio general: «Nadie puede alegar la ignorancia de una ley regularmente promulgada.» (Einl. § 12) no admitiendo excepcion sino para las leyes penales que prohibian actos antes permitidos (§ 13). Respecto á las manifestaciones de la voluntad (1, 4, § 75-82), asienta reglas en gran parte conformes á los principios del derecho romano sobre el *error in corpore* etc., pero con numerosas extensiones. Además, consigna despues el principio importante de que toda otra clase de error y especialmente el error en la causa no vicia la voluntad, á menos de que la otra parte no obrase *in dolo* ó que se tratare de un contrato puramente lucrativo (§ 83, 148-150): estas disposiciones conforman por completo con las del derecho romano, salvo la última, que es una innovacion voluntaria, si bien prudente.

Por último, la *condictio indebiti* (I, 16) descansa, como en derecho romano, sobre el error del que ha pagado, del cual debe presentar la prueba (§ 166, 178, 181): el error de derecho es insuficiente porque no se admite en principio (*a*). El dolo de la otra parte acepta la falta de cualquiera otra condicion (§ 176).

Así podemos decir que en resúmen la ignorencia del derecho es considerada con mayor severidad aun que en el derecho romano, si bien el estado actual del derecho parece motivar más indulgencia (núm. IV). No debemos, sin embargo, sorprendernos porque en la época de la redaccion del Código se confiaba en que el derecho seria desde luego no solo cierto sino conocido de todos. Esta prescripcion abraza sin duda

---

(*a*) Antiguamente Suarez, conforme al derecho romano, rechazaba toda *condictio indebiti* fundada en un error de derecho. Más tarde se asentó en principio que la condictio era inadmisible para todo error; pero en la práctica este cambio no tuvo gran importancia porque el error de derecho, no pudiendo alegarse nunca, era imposible que la *condictio indebiti* se fundara en un error de esta especie. Dicho principio sirve de base á muchas disposiciones del L. R. I, 16, § 176, 184.

toda clase de error de derecho, pero su redaccion se aplica directamente á la existencia de las diferentes leyes, porque se refiere solo al hecho de la publicacion. No se ha reflexionado que frecuentemente el error de derecho no procede de la ignorancia de una ley particular, sino de una falsa teoría fundada en la combinacion de muchas leyes. Debemos, pues, admitir, para justificar la severidad del Código, que nadie puede, sin una grave negligencia, caer en semejantes errores. Pero esta suposicion está ya desmentida por el gran número de declaraciones legislativas publicadas en época posterior á la de la promulgacion del Código y destinadas casi siempre á rectificar decisiones equivocadas ó contradictorias, dadas por los tribunales compuestos de jueces instruidos y prácticos.

Del mismo modo que el Código Prusiano el Austriaco dice en el § 2 que ninguno puede invocar como excusa la ignorancia de una ley (*b*). El error vicia el contrato si resulta del dolo de la otra parte (§ 871); no si ha sido causado por un tercero ó por el que lo sufre, lo cual excluye el error puramente accidental (§ 875-876). La *condictio indebiti* se admitia para toda especie de error, aún el de derecho (§ 1431); disposicion que parece poco de acuerdo con la severidad del principio general adoptado por el Código.

El Código civil francés parece admitir la nulidad del contrato cuando existe cualquiera clase de error (art. 1109); pero en realidad no debe entenderse esto sino del *error in corpore* ó de un error del mismo género (art. 1110). El error en la causa y notablemente sobre el valor ó el uso de la cosa está comprendido en la idea general de lesion. y esta puede ser invocada siempre por los menores (art. 1305) no por los mayores (art. 1313), salvo el caso de la venta de un inmueble en que la lesion excediera de las siete duodécimas partes del precio. No hay sino dos casos en que el error de derecho sea tratado menos favorablemente que el de hecho: el de la confesion judicial (art. 1356) y el de la transacion (arts, 2052, 2053). Por lo demás, en todo caso el error de hecho y el de derecho se colocan sobre una misma línea. Para la *condictio indebiti* en particular se puede invocar toda suerte de error

---

(*b*) Zeillar Vorbereitung zur Osterreich. Gesetzkunde t. IV, p. 84 justifica esta disposicion diciendo que con una buena legislacion nacional el hombre menos instruido puede haber sufrido difícilmente la ignorancía del derecho. En muchos casos, añade, el derecho romano admitia la ignorancia del derecho en las gentes del campo. soldados, mujeres, etc.: con una cantidad innumerable de leyes puestas sin órden. redactadas en una *lengua sábia* ó al menos poco inteligible para muchos, tal excepcion era justa, y más justo habria si lo todavía que desde el tiempo de los romanos se hubiese extendido á todo el mundo. Zeillar parece casi suponer que los romanos hablaban *Vienés*, y que eran incapaces de comprender los decretos del pueblo y los edictos de los magistrados escritos en latin.

(arts. 1235, 1376-1381) y segun la generalidad de los textos, los autores y la jurisprudencia de los tribunales, se admite la *condictio indebiti* aun para un error de derecho (*c*), cosa digna de notarse, porque Pothier, cuyas doctrinas han tenido tanta influencia en la redaccion del Código, sostiene en derecho romano la opinion contraria (*d*).

Si comparamos estas diversas disposiciones legislativas sobre la *condictio indebiti* llegaremos al siguiente importante resultado: el derecho romano y el de Prusia no admiten el error de derecho; el Código austriaco y el francés sí. Y si se considera esta última doctrina bajo el punto de vista legislativo se halla el reconocimiento práctico de esta verdad, que en el estado actual del derecho el que paga por error de derecho merece menos la censura de grave negligencia que en la época de los romanos (núm. XXXV). En Austria y en Francia el legislador ha expresado esta idea nueva, borrando la presencia de la falta.

(*c*) Merlin, Répertoire. v.° Ignorance, § I; Foullier, Droit civil t. VI, N. 56, 59-67, 75; tom. XI, N. 63.

(*d*) Pothier, Traité de bienfaisance, *condictio indebiti*. N. 162. A la verdad que en otros puntos se expresa de un modo diferente, Pandectæ Justin. XXVI, 6. Núm. 5.

INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

Páginas.

LIBRO II.

CAPÍTULO II (CONTINUACION).

CAPITULO III.

DEL NACIMIENTO Y EXTINCION DE LAS RELACIONES JURÍDICAS.

Paginas.

APÉNDICES.